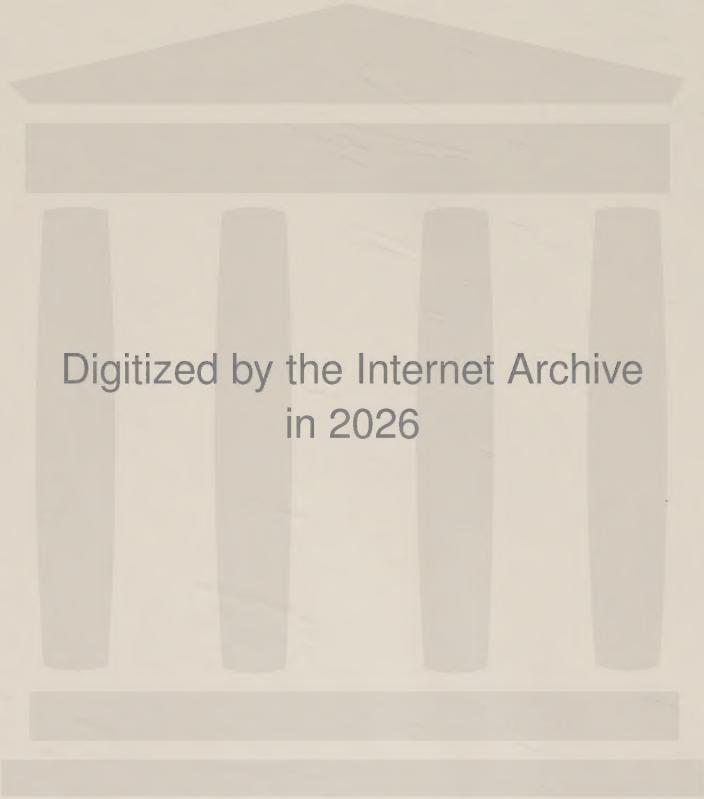


Karl-Heinz Sievert

Die Einschränkung
der Sicherungsübereignung
durch die §§ 138 und 242 BGB

1968

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0013

Die Einschränkung der Sicherungsübereignung
durch die §§ 138 und 242 BGB

I n a u g u r a l d i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Gerichtsassessor
Karl-Heinz S i e v e r t
aus Detmold

1970

D e k a n : Professor Dr. N ö r r

1. Berichterstatter: Professor Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Professor Dr. Heldrich

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Februar 1968



Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung	1
<u>1. Teil: Voraussetzungen und Rechtsfolgen</u>	
<u>der §§ 242 und 138</u>	
<u>und ihr Verhältnis zueinander</u>	3
I. Allgemeines	3
II. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 133 und 157	3
1. § 133	3
2. § 157	4
3. Folgen für einen möglicherweise unzulässigen Vertragsinhalt	5
III. Zweck und Rechtsfolgen des § 242	6
1. Der Zweck des § 242	6
2. Die Rechtsfolge des § 242	7
a) Die Wirkung als Schranke der Vertragsfreiheit	7
b) Die Ermäßigung der scheinbaren Rechte	9
aa) Der schuldrechtlichen Bindungen	11
bb) Der schuldrechtlichen Ansprüche aus dem Eigentum	11
cc) Die Maßgeblichkeit des Vertragszweckes und der Einzelumstände	12
IV. Zweck und Rechtsfolgen des § 138	13
V. Die Voraussetzungen der Anwendung der §§ 242 und 138	14
1. Allgemeines	14
2. Die Voraussetzungen des § 242	14
a) Das Bestehen rechtlicher Bindungen	14
b) Der Verstoß gegen Treu und Glauben	18

c) Die Entbehrlichkeit eines auf das ermäßigte Geschäft gerichteten Parteiwillens	19
3. Die Voraussetzungen des § 138	19
a) Die objektiven Voraussetzungen des Sittenverstoßes	20
aa) Sittenwidrigkeit des Inhaltes oder des Gesamtcharakters des Geschäftes	20
bb) Die Maßgeblichkeit des durch § 242 nicht eingeschränkten Vertragsinhaltes	21
b) Die subjektiven Voraussetzungen des Sittenverstoßes	24
aa) Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen	24
bb) Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit	31
VI. Die methodische Behandlung von Fällen mit möglichem Sitten- oder Treuerverstoß	40
1. Die Prüfung auf einen möglichen Sittenverstoß	40
2. Die Prüfung auf einen Treuerverstoß	42
<u>2. Teil: Die Vernichtung der Sicherungsüber-</u> <u>eignung durch § 138</u>	44
I. Allgemeines	44
II. Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Schuldnerknebelung	45
1. Die objektiven Voraussetzungen der Schuldnerknebelung	45
a) Die grundsätzliche Möglichkeit der Knebelung durch die Sicherungsübereignung	46
b) Die umfassende Übereignung	46
c) Die schuldrechtlichen Bindungen	48
aa) Das Recht auf Herausgabe und Widerruf der Ermächtigungen	49
bb) Bindungen bezüglich der Erlöse	50

	<u>Seite</u>
2. Die subjektiven Voraussetzungen	52
a) Kenntnis der Umstände	53
b) Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit	54
aa) Bei Bindungen der Erlöse für neue Waren oder Rohstoffe	54
bb) Bei der Verpflichtung zur Abführung der Erlöse an den Gläubiger	56
III. Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Gläubigergefährdung	58
1. Die objektiven Voraussetzungen	58
a) Die Kredittäuschung	59
b) Die Gläubigerschädigung	63
c) Die objektive Sittenwidrigkeit des Sicherungsvertrages bei der Gläubigergefährdung	68
2. Die subjektiven Voraussetzungen	68
a) Die Kenntnis der Umstände und die sog. Prüfungspflicht	69
b) Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit	72
aa) Bei umfassender Übereignung ohne besondere Zwecke und Motive	72
bb) Bei der Sanierung	74
cc) Bei nachträglicher Sicherung	76
dd) Bei Verzögerung des Konkurses	78
IV. Die Rechtsfolgen der sittenwidrigen Sicherungsübereignung	79
1. Die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages und der Übereignung bzw. Abtretung	79
2. Die regelmäßige Gesamtnichtigkeit des Geschäftes	82
a) Die Teilbarkeit des Geschäftes	82
b) Der entsprechende Parteiwille	83

3. Die Möglichkeit der Aufrechterhaltung eines modifizierten Geschäftes gem. § 140	84
<u>3. Teil: Die Ermäßigung der Sicherungsübereignung durch § 242</u>	86
I. Die Ermäßigung in den Fällen der Schuldnerknebelung	86
1. Die Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner	86
2. Der Treuerverstoß des Gläubigers und die Ermäßigung seiner scheinbaren Rechte	87
a) Bei der umfassenden Übereignung	87
b) Bei den schuldrechtlichen Bindungen	87
aa) Das Recht auf jederzeitige Herausgabe und auf jederzeitigen Widerruf der Verfügungsermächtigungen	87
bb) Die Bindungen bezüglich der Erlöse	92
II. Die Ermäßigung in den Fällen der Gläubigergefährdung	95
1. Die Rechtsbeziehung zwischen dem gesicherten Gläubiger und den ungesicherten Gläubigern	95
2. Der Treuerverstoß des gesicherten Gläubigers	97
3. Die Ermäßigung der schuldrechtlichen Ansprüche des Gläubigers aus seinem Eigentum	98
4. Keine Ermäßigung der wegen Gläubigergefährdung nichtigen Sicherungsübereignung	104
III. Die Unbeachtlichkeit des Parteiwillens für die Gültigkeit der ermäßigten Sicherungsübereignung	106
Schluß	107

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare

- Baur Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage, München und Berlin 1963
- Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd, Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl., Berlin 1903
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd, Allgem. Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbbd, 15 Aufl., Tübingen 1960
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Münster/Westf. 1962
- Esser Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Jäger Kommentar zur Konkursordnung, 2. Bd, 6./7. Aufl., Berlin und Leipzig 1936 (Neudruck 1952)
- Lange, Heinrich BGB, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München Berlin 1964
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd, Allgem. Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964
- Lehmann Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Aufl., München und Berlin 1966
- Reichsgerichtsräte- Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, hrsgg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Berlin, 1. Bd, 1. Teil, 1959; 1. Bd, 2. Teil, 1960; 3. Bd, 1. Teil, 1959

- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 3. Bd, 3. Aufl.,
Berlin und Frankfurt a. M. 1956
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd,
Allgem. Teil und Recht der Schuld-
verhältnisse, (Allgem. Teil),
9. Aufl., Stuttgart 1959
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch,
11. Aufl., 1. Bd, Allgem. Teil,
Berlin 1957;
2. Bd, Teil 1b, Recht der
Schuldverhältnisse,
Berlin 1961
- v. Tuhr Der Allgemeine Teil des deutschen
bürgerlichen Rechts, 2. Bd,
2. Hälfte,
München und Leipzig 1918
- Westermann Sachenrecht, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
- Wolff-Raiser Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957

II. Einzelschriften, Aufsätze und Dissertationen

- Ackermann Die Sicherungsübereignung von
Warenlagern, in: Arbeiten zum
Handels-, Gewerbe- und Landwirt-
schaftsrecht, Nr. 28, Marburg 1919
- Ascher Aufgaben des Gesetzgebers bei einer
Neuordnung der Sicherungsgeschäfte
des gewerblichen Kreditverkehrs,
in: Deutsche Richterzeitung 1955,
S. 177 ff.
- Barkhausen Das Verhältnis der Nichtigkeit
wegen Knebelung zur Gläubigerge-
fährdung bei der Sicherungsüber-
tragung,
in: Neue Juristische Wochenschrift
1953, S. 1412 ff.
- Bauer-Mengelberg Knebelungsverträge, Berlin 1929
(Rechtsfragen der Praxis, Bd 19/20)
- Bauer-Mengelberg Anmerkung zur Entscheidung des
Reichsgerichts
in: Juristische Wochenschrift 1931,
S. 2088 p ff.

- Bauer-Mengelberg Mala fides superveniens bei Sicherungsübereignungen,
in: Juristische Wochenschrift 1932,
S. 100 - 101
- Bauer-Mengelberg Anmerkung zur Entscheidung des
Reichsgerichts
in: Juristische Wochenschrift 1932,
S. 2699 - 2703
- Berges Zur Sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungen,
in: Der Betriebsberater, 1954,
S. 886
- Boehmer Die Sicherungsübereignung,
in: Grundlagen der bürgerlichen
Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt.,
S. 141 ff., Tübingen 1952
- v. Brasch Die Konversion vom Standpunkt der
Begriffs- und Interessenjurisprudenz
aus,
Diss., Münster 1949
- Caemmerer Die Rechtsgültigkeit der Sicherungsübereignung in ihrer historischen Entwicklung,
Diss., Heidelberg 1951
- Coing Allgemeine Rechtsgrundsätze in
der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten",
in: Neue Juristische Wochenschrift
1947/48, S. 213 ff.
- Flessa Sittenwidrigkeit bei Sicherungsübereignungen,
in: Neue Juristische Wochenschrift
1953, S. 84 ff.
- Gottschalk Mala fides superveniens bei der
Sicherungsübereignung,
in: Juristische Wochenschrift 1942,
S. 1716 ff.
- Herzog Quantitative Teilnichtigkeit,
Dissertation, Göttingen 1926
- Hoeningner Mala fides superveniens bei der
Sicherungsübereignung,
in: Juristische Wochenschrift 1931,
S. 3060

- Jacusiel Kreditgewährung als Schädigung
Dritter nach der neuesten
Reichsgerichtsjudikatur,
in: Bank-Archiv 1931, S. 393
- Jaeger Konkursordnung, 8. Aufl., 1. Bd,
Berlin 1958
- Lange, Heinrich Vom alten zum neuen Schuldrecht,
Hamburg 1934
- Lage und Zukunft der Sicherungs-
übertragung in: Neue Juristische
Wochenschrift 1950,
S. 565 ff.
- Larenz Geschäftsgrundlage und Vertragser-
füllung, München und Berlin 1951
- Lukes Gedanken zur Begrenzung des In-
halts allgemeiner Geschäftsbe-
dingungen,
in: Festschrift für Hueck,
in: Beiträge zum Handels- und
Wirtschaftsrecht, München
und Berlin 1959
- Meyer-Cording Anmerkung zum Urteil des Bundes-
gerichtshofes vom 9. 7. 1953
in: Juristenzeitung 1953, S. 665 ff.
- Nebelung Anmerkung zu BGH in NJW 1952/1169,
in: Neue Juristische Wochenschrift
1953, S. 57
- Pagenstecher Sittenwidrige Lieferungsbedingungen,
in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe-
und Landwirtschaftsrecht, Nr. 86,
2. Aufl., Marburg a. d. Lahn 1944
- Raiser Das Recht der allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen, Hamburg 1935;
Bad Homburg v. d. H. 1961
- Schlosser Sittenwidrigkeit der Sicherungs-
übereignung infolge Schuldner-
knebelung und Gläubigergefähr-
dung,
Diss. Köln 1959
- Schneider Beschränkung von Gewährleistungs-
rechten in Allgemeinen Lieferungs-
bedingungen,
in: Neue Juristische Wochenschrift
1954, S. 133 ff.

- Schweiger Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung,
in: Monatsschrift für Deutsches Recht, 1953, S. 707 ff.
- Sebba Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht,
in: Druckschriften des Deutschen Anwaltsvereins, Nr. 33, Verkehrsrechtliche Beiträge, Heft 3, Leipzig 1931
- Serick Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung,
Bd. 1, Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg 1963;
Bd. 2, Die einfache Sicherungsübertragung - Erster Teil, Heidelberg 1965
- Serick Zur Sittenwidrigkeit bei Sicherungsübertragungen, Vorträge für Sparkassenprüfer, Innsbruck 3.-6.10.1961, Stuttgart 1962
- Siebert Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung,
in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 72, Marburg 1934
- Siebert Typische Gefahren der Sicherungsübereignung für den Gläubiger,
in: Der Betriebsberater 1950, S. 156 - 157
- Simonson Von Kredittäuschungen,
in: Bank-Archiv 1932, S. 41 ff.
- Sprengel Grenzen zulässiger Kreditsicherungen,
in: Monatsschrift für Deutsches Recht, 1954, S. 257 - 58
- Timm Zur Frage der Anwendbarkeit des § 242 BGB im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Hamburg 1954
- Wegerhoff Grenzen der Sicherungsübereignung, Diss., Köln 1955

- Weidenbaum Zur Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung,
in: Betriebswirtschaftliche Rundschau, 1933, Bd. 4
Seite 167
- Westermann Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen,
Heft 11 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe 1954
- Würdinger Theorie der schlichten Gemeinschaften,
in: Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht,
1. Beiheft, Stuttgart 1934
- Zahn Grenzen der Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung,
in: Kölner Rechtswissenschaftl. Abhandlungen,
Neue Folge, Heft 27,
Berlin 1937

E i n l e i t u n g

Die Sicherungsübereignung (SÜ) ist seit langem anerkannt. Die Rechtsprechung¹⁾ beschränkt sich lediglich darauf, eine Ausuferung dieses Kreditsicherungsmit- tels, das sich außerhalb des Gesetzes entwickelt hat²⁾, zu verhindern. Die Gefahr der Ausuferung wird von der Li- teratur allgemein anerkannt, die Ergeb- nisse der Rechtsprechung werden aber zum Teil als nicht gerechtfertigt ab- gelehnt³⁾. Einmal liege in vielen von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen keine Sittenwidrigkeit vor, zum anderen müsse auch für die Sicherungsübereig- nung das gelten, was für alle übrigen Geschäfte gilt, daß nicht in jedem Falle die Folge der Sittenwidrigkeit die totale Nichtigkeit ist. In der Re- gel ließen sich gem. § 139 ein zuläs- siges Restgeschäft aufrechterhalten oder gem. § 140 ein modifiziertes Ge- schäft⁴⁾. Allgemein angestrebt wird also im Ergebnis eine Einschränkung des Umfanges der schuldrechtlichen Bin- dungen des Schuldners als auch des Sicherungseigentums des Gläubigers.

1) Übersicht bei Westermann, Interes- senkollisionen, Anm. 1; s. auch von den neueren Entscheidungen BGH NJW 1962/102.

2) Serick, Bd. I, § 1 I 1.

3) Übersicht bei Westermann, aaO, Anm. 20.

4) Westermann, aaO, Anm. 22; Erman- Westermann, § 138 Anm. 4.

In der Arbeit soll deshalb die Einwirkung der §§ 138 und 242 auf die Sicherungsübereignung erneut untersucht werden.

1. Teil: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 242 und 138 und ihr Verhältnis zueinander.

I. Allgemeines.

Um die Wirkungen der §§ 242 und 138 auf die SÜ untersuchen zu können, müssen zunächst deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen dogmatisch bestimmt werden. Das soll in diesem ersten Teil der Arbeit geschehen. Im zweiten und dritten Teil werden dann die gewonnenen Erkenntnisse auf die SÜ angewandt.

Da aber auch die §§ 133 und 157 für den rechtlich maßgebenden Inhalt von Verträgen und damit auch der SÜ entscheidend sein können, müssen diese Bestimmungen in die Untersuchung einbezogen werden.

II. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 133 und 157.

1. Der § 133 bezweckt die Feststellung des rechtlich maßgebenden Inhaltes der einzelnen Willenserklärung ¹⁾, wenn dieser nicht ganz eindeutig ist. Die Vorschrift dient also bei Verträgen der Bestimmung des Inhaltes von Angebot und Annahme und ist folglich auch für die SÜ von Bedeutung.

1) Erman-Westermann, § 133 Anm. 2;
Palandt-Danckelmann, § 133 Anm. 1.

Bei der Auslegung der einzelnen Willenserklärung ist von dem Standpunkt dessen auszugehen, für den die Erklärung bestimmt ist. Die Erklärung soll also so maßgebend sein, wie der Empfänger sie verstehen mußte. Nach § 133 kommt es also im Gegensatz zu § 157 auf die subjektiven Gesichtspunkte des Erklärungsempfängers an ¹⁾. Der innere Wille des Erklärenden soll also nur so weit Inhalt seiner Erklärung und damit rechtlich entscheidend sein, wie er nach außen in Erscheinung getreten ist. Hat der so ermittelte Inhalt der Willenserklärung keinen eindeutigen Sinn, ist der rechtlich maßgebende Sinn durch Auslegung zu ermitteln, wobei der Wortlaut der Erklärung nur ein Teil des Gesamtgehaltes ist ²⁾.

Voraussetzung für § 133 ist folglich, daß die Erklärung nicht eindeutig ist, denn bei einem völlig unzweideutigen Inhalt ist für eine Auslegung kein Raum.

2. Größere Bedeutung als der § 133, insbesondere auch für die StU ³⁾, hat der § 157. Er bezweckt die Feststellung dessen, was durch Zusammenfassung und gegenseitige Anpassung von Angebot und Annahme

1) Erman-Westermann, § 133 Anm. 4;
Palandt, § 133 Anm. 1.

2) Erman-Westermann, § 133 Anm. 7.

3) Siehe z. B. die neuere Entscheidung
BGH NJW 1962/102.

Vertragsinhalt geworden ist ¹⁾. Maßgebend für diese Feststellung soll nicht der innere Wille der Parteien sein, sondern ihr nach außen erkennbar gewordenes Gesamtverhalten, das objektiv nach dem Maßstab von Treu und Glauben zu werten ist ²⁾. Darüber hinaus bezweckt der § 157 die Schließung von Vertragslücken im Wege der ergänzenden Auslegung ³⁾. Voraussetzung für § 157 ist deshalb zunächst, daß ein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt, denn eine fehlende Einigung kann nicht durch Auslegung ersetzt werden, und zum anderen, daß entweder nicht eindeutig feststeht, was Vertragsinhalt geworden ist, oder daß eine Vertragslücke besteht.

Die Rechtsfolge des § 157 ist die Bindung der Parteien an den durch die Auslegung festgestellten oder den ergänzten Vertragsinhalt. Die ergänzende Auslegung darf nur im Rahmen des Rechtsgeschäfts erfolgen, d. h. soweit es Lücken aufweist ⁴⁾. Eine Änderung des Vertrages, insbesondere durch Erweiterungen oder Einschränkungen des Vertragsinhaltes, ist deshalb über § 157 nicht zulässig ⁵⁾. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Privatautonomie, der allerdings auch hier eingeschränkt wird durch das Interesse der Vertragspartner an der Maßgeblichkeit des objektiven, erkennbaren Vertragsinhaltes.

-
- 1) Erman-Westermann, § 133 Anm. 2, RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm. 2,
 - 2) Soergel-Siebert, § 157 Anm. 1,
 - 3) Erman-Westermann, § 133 Anm. 2, Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 1, RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm. 7,
 - 4) Staudinger-Coing, § 133 Anm. 10,
 - 5) Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 7b.

3. Das Ergebnis ist folglich, daß die Auslegung der einzelnen Willenserklärung nach § 133 und die Auslegung des Vertrages als Ganzem nach § 157 der Inhaltskontrolle des Rechtsgeschäftes durch die §§ 138 und 242 vorgeht.

III. Zweck und Rechtsfolgen des § 242.

1. Der § 242 schränkt den durch die §§ 133 und 157 festgestellten Vertragsinhalt auf das dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben entsprechende Maß ein. Der § 242 bestimmt damit, welche Rechte und Pflichten in Wahrheit, also unabhängig vom äußeren Schein, für die Parteien entstanden sind. Die Bestimmung des § 242 will auf diese Art und Weise den Verpflichteten gegen ungehörige Zumutungen seiner Vertragspartner und von Personen, mit denen er in rechtlichen Beziehungen steht und die auf scheinbar bestehende Rechtsansprüche pochen, schützen ¹⁾.

1) RGRK-Nastelski, § 242 Anm. 2 u. 3.

§ 242 bezweckt also, vom festgestellten, rechtlich maßgebenden Vertragsinhalt und vom objektiven Maßstab von Treu und Glauben ausgehend die Bestimmung der durch die Parteivereinbarung wirklich entstandenen Rechte, die von den sich aus dem äußeren Schein ergebenden erheblich abweichen können. Das bedeutet, daß § 242 erst nach den §§ 133, 157 anzuwenden ist.

2. a) Der § 242 erreicht seinen Zweck, den Schutz vor ungebührlichen Zumutungen, u. a. dadurch, daß Rechte und Pflichten durch Parteivereinbarungen entgegen dem äußeren Schein nur bis zu der Schranke von Treu und Glauben entstehen. Damit stellt § 242 eine auch die Parteien bindende Schranke der Vertragsfreiheit dar ¹⁾.

Diese Schranke bewirkt, daß die den Treugrundsatz übersteigenden scheinbar bestehenden Rechte in Wahrheit nicht entstanden sind, und daß ein Berufen auf sie in Wirklichkeit ein Berufen auf ein nicht bestehendes Recht darstellt ²⁾, also ein Handeln ohne

1) Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 1; Erman, § 242 Anm. I 2; Soergel-Siebert, § 242 Anm. 26; RGRK-Nastelski, § 242 Anm. 129; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 91; Staudinger-Weber hält lediglich die Formulierung für bedenklich, § 242 a 4; s. auch von den neueren Entscheidungen BGH 20/96.

2) Raiser, Das Recht der allgem. Geschäftsbedingungen 1935, § 30 II 3, S. 324, 1961, § 30 II 3, S. 324.

Recht, wie Siebert ¹⁾ es formuliert. Dieses Pochen auf ein in Wahrheit nicht bestehendes Recht wird in der Literatur üblicherweise mit "unzulässiger Rechtsausübung" bezeichnet. Da in Wahrheit, eben wegen fehlenden Rechts, überhaupt keine Rechtsausübung vorliegt und nicht nur eine unzulässige, ist die Bezeichnung scheinbare Rechtsausübung genauer ²⁾. Diese Bezeichnung soll deshalb auch im folgenden verwandt werden. Die Schranke des § 242 stellt, da sie absolut wirkt und das Entstehen von Rechten verhindert, eine rechtshindernde Einwendung dar, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist ³⁾.

Die Begründung für die Wirkung des § 242 als Schranke der Privatautonomie findet sich in seinem Zweck. Der Schutz des einzelnen vor ungehörigen Zumutungen seiner Vertragspartner läßt sich am besten dadurch erreichen, daß den Treugrundsatz übersteigende Rechte gar nicht erst entstehen. Denn dann liegt nicht nur ein unzulässiges Berufen auf ein wirklich bestehendes Recht vor, sondern ein Pochen auf ein Recht, das nicht existiert ⁴⁾.

Außerdem wäre es inkonsequent, daß die den Treugrundsatz übersteigenden Rechte

1) aaO, S. 90.

2) So Siebert, aaO, S. 99.

3) Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 1b.

4) So mit Recht die herrschende Innentheorie, umfassender Nachw. bei Staudinger-Weber, § 242 D 26 ff.

zwar auch tatsächlich entstehen, wie die sog. Außentheorie ¹⁾ meint, zugleich aber ein Berufen auf sie unzulässig sein soll. Hierauf weisen zu Recht Siebert ²⁾ und Endemann ³⁾ hin.

b) Um nun die Wirkung des § 242 in einem konkreten Falle untersuchen zu können, müssen zunächst die Folgen seiner Eigenschaft als Schranke der Vertragsfreiheit abstrakt bestimmt werden.

Es sind zwei Möglichkeiten denkbar. Einmal wäre es möglich, daß der Vertrag als Ganzes hinfällig sein könnte, wenn er den Treugrundsatz übersteigende Bindungen eines Vertragspartners enthält. Zum anderen wäre die Erreichung des Zweckes des § 242 aber auch dadurch möglich, daß nur der die Grenze von Treu und Glauben übersteigende Teil der scheinbar bestehenden einzelnen Ansprüche aus dem Vertrage nicht entstanden ist. Der sich innerhalb der Schranke haltende Teil der einzelnen Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft würde also existieren.

Nur die zweite Möglichkeit entspricht dem Zweck des § 242. Denn dieser will nur vor ungehörigen Inanspruchnahmen schützen, dagegen nicht vor solchen,

1) Umfassender Nachweis bei Staudinger-Weber, § 242 D 24 u. 25.

2) aaO, S. 88.

3) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd: Allgem. Teil, Schuldverhältnisse, 8. Aufl., § 84a, Anm. 8.

die den Treugrundsatz nicht verletzen. Wären die zu weit gehenden Rechte in vollem Umfange nicht entstanden, wäre auch eine zulässige, sich innerhalb der Schranke von Treu und Glauben haltende Inanspruchnahme nicht möglich. Diese will § 242 aber nicht verhindern.

Die scheinbar bestehenden Rechte sind also so weit zu ermäßigen ¹⁾, bis sie die Treugrenze nicht mehr überschreiten ²⁾. Der so ermittelte Teil der Rechte ist in Wirklichkeit entstanden. Andernfalls würde über den Zweck des § 242 unberechtigt hinausgegangen. Bei der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die sich ebenfalls auf § 242 stützt, ist schon seit langem anerkannt, daß das Geschäft nicht ganz entfällt, sondern den geänderten Verhältnissen anzupassen ist. Für die

-
- 1) Sprachlich ungenau, da ein Nichts nicht ermäßigt werden kann; wegen der Anschaulichkeit soll dieser Ausdruck aber gebraucht werden.
 - 2) So Raiser, Allgem. Geschäftsbedingungen, 1935/61, § 30 II 3, S. 324; Staudinger-Weber, § 242 B 353 ff. und B 547, zwar bezüglich der Lehre von der Nichtzumutbarkeit, was aber für die scheinbare Rechtsausübung auch gelten muß, da es im Ergebnis keinen Unterschied macht, wie er selbst ausführt (B 353), ob man die rechtliche Wertung als Rechtsmißbrauch vom Standpunkt des Berechtigten aus oder als Nichtzumutbarkeit vom Betroffenen aus vornimmt; siehe auch B 547 ff.

scheinbare Rechtsausübung kann insoweit nichts anderes gelten ¹⁾.

aa) Die Ermäßigung der zwischen bestimmten Personen bestehenden schuldrechtlichen Bindungen erfolgt durch Reduzierung ihres Umfanges. Und zwar werden die zu scharfen unzulässigen Bestimmungen so weit gemildert, bis sie den Treugrundsatz nicht mehr verletzen. Dabei sind auch Fälle denkbar, bei denen die Ermäßigung so weit gehen müßte, daß von den scheinbaren Rechten kein zulässiger Teil mehr übrig bliebe. In diesen Fällen ist eine Ermäßigung nicht möglich ²⁾. Die unzulässigen Vereinbarungen sind in vollem Umfange treuwidrig und damit aus ihnen Rechte nicht entstanden.

bb) Eine Ermäßigung der sachenrechtlichen Zuordnungen, also der dinglichen Rechte an einer Sache, wie insbesondere des Eigentums, ist dagegen nicht möglich, da das Sachenrecht zwecks Schaffung eindeutiger Zuständigkeiten die Rechtsgüter absolut einem Rechtsträger zuordnet und nicht, wie § 242, der Abwägung von Interessen dient. Anerkannt ist

1) Staudinger-Weber, § 242 B 547 mit umfängl. Lit.; Enneccerus-Lehmann, § 41 III; Soergel-Siebert, § 242 Anm. 259.

2) So Raiser, aaO, S. 324; Staudinger-Weber, § 242 A 547, Enneccerus-Lehmann, § 47 III.

aber heute, daß § 242 auf die sich aus den absolut wirkenden dinglichen Zuordnungen ergebenden schuldrechtlichen Leistungsverhältnisse zwischen den Rechtsträgern anzuwenden ist ¹⁾, so insbesondere auf die sich aus dem Eigentum ergebenden Herausgabe- und Interventionsrechte gegenüber anderen. Da in diesen Fällen die Zuordnung der Sachen durch § 242 nicht eingeschränkt wird, sondern nur die Ausübung des Eigentumsrechtes gegenüber bestimmten Personen, liegt hier auch im Wortsinne die unzulässige Ausübung eines Rechtes vor ²⁾. Die Bezeichnung "unzulässige Rechtsausübung" ist hier also treffend.

cc) Es drängt sich nun die Frage nach dem Umfang und der Art und Weise der Ermäßigung im konkreten Fall auf. Wegen der Generalklausel von Treu und Glauben kann das jedoch nur nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmt werden, da auch diese nur bestimmen, wo die Schranke des § 242 im betreffenden Fall liegt ³⁾.

1) Westermann, Sachenrecht, § 2 III 4; BGH 10/75.

2) Staudinger-Weber, § 242 A 29 u. D 140.

3) Staudinger-Weber, § 242 B 549, insbes. E 411; zwar für die Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, für die scheinbare Rechtsausübung kann aber nichts anderes gelten.

So läßt sich grundsätzlich nur sagen, daß lediglich der Zweck der Ermäßigung, die Beseitigung der den Treugrundsatz übersteigenden, scheinbar bestehenden Rechte für ihren Umfang und ihre Art im einzelnen Falle bestimmend ist. Daß dabei im Rahmen aller Einzelumstände des Falles insbesondere auch der Zweck des Geschäftes zu berücksichtigen ist, ist offensichtlich. Anderenfalls wäre eine Ermäßigung ohne Sinn.

IV. Zweck und Rechtsfolgen des § 138.

Es fragt sich nun, welchen Zweck § 138 verfolgt. Er will die Freihaltung des Rechtslebens von unsittlichen Rechtsgeschäften dadurch erreichen, daß er diesen zum Zwecke der Abschreckung und Strafe die übliche Verbindlichkeit abspricht ¹⁾. Durch die Anordnung der Gesamtnichtigkeit des unsittlichen Geschäftes sollen die Beteiligten von dem Abschluß eines solchen Geschäftes abgeschreckt und, falls sie dennoch einen sittenwidrigen Vertrag schließen, gestraft werden. Der Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 folgt also aus der grundsätzlichen Anordnung der

1) Erman-Westermann, § 138 Anm. 1; v. Brasch, Die Konversion, S. 53; Pagenstecher, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, S. 28; Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 54; RG 161/59.

Gesamtnichtigkeit des unsittlichen Geschäftes. Wie sich später zeigen wird, hat der Abschreckungs- und Strafzweck auf die Bestimmung der Voraussetzungen des § 138 entscheidenden Einfluß.

Diese Gesamtnichtigkeit des sittenwidrigen Rechtsgeschäftes ist die Rechtsfolge des § 138. Mit der Versagung des gewollten Rechtserfolges in vollem Umfange hält diese Bestimmung das Rechtsleben von anstößigen Geschäften frei und schreckt von ihnen ab. Die unsittlich Handelnden straft sie dadurch, daß sie ihren Willenserklärungen die Verbindlichkeit abspricht.

V. Die Voraussetzungen der Anwendung der §§ 242 und 138.

1. Nachdem Zweck und Rechtsfolgen der §§ 138 und 242 ermittelt sind, können nunmehr ihre Voraussetzungen bestimmt werden. Denn der Wortlaut der Bestimmungen reicht wegen der Verwendung von Generalklauseln wie Treu und Glauben und gute Sitten dazu nicht aus. Vor allem der Zweck der Vorschriften muß deshalb bei der Bestimmung ihrer Voraussetzungen weitgehend berücksichtigt werden.

2 a) Aus dem Wortlaut des § 242 könnte man folgern, daß erste Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung das Bestehen eines wirksamen Leistungsverhältnisses zwischen Gläubiger und

Schuldner ist, auf Grund dessen der Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Leistung schuldet. Das würde bedeuten, daß § 242 nur dann anwendbar wäre, wenn ein wirksames vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis auf Erbringung einer Leistung besteht. Mit hin würde die Bestimmung, vom Bestehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses abgesehen, nur bei wirksamen Vertragsbeziehungen zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten eingreifen. Bei fehlenden oder unwirksamen vertraglichen Beziehungen wäre hiernach § 242 nicht anwendbar.

Eine derartige Wortinterpretation wird dem Zweck des § 242 jedoch nicht gerecht. Die Bestimmung hat den Zweck, den Einzelnen vor Ansprüchen von Personen, mit denen er in rechtlichen Beziehungen steht, zu schützen. Hieraus folgt dogmatisch, daß lediglich das Bestehen einer rechtlichen Beziehung Voraussetzung für die Anwendung der Norm sein kann.

Ausreichend ist das Vorhandensein irgendeiner konkreten Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten, die Rechte und Pflichten begründet. Es muß eine rechtliche Sonderverbindung oder Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen der am Rechtsverkehr Beteiligten bestehen, die nicht zu eng zu begrenzen ist, und durch die nicht notwendig ein Anspruchs-

verhältnis begründet wird, die aber den an ihr Beteiligten gegenüber dem oder den Anderen besondere Rechte oder Pflichten auferlegt.

Diese Interpretation des § 242 hat sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung einhellig durchgesetzt. Nach der Ansicht des Reichsgerichts ¹⁾ und Nastelskis ²⁾ müssen irgendwelche, nach der Meinung Huecks ³⁾ und Schillings ⁴⁾ konkrete Rechtsbeziehungen bestehen, die Rechte und Pflichten begründen. Siebert ⁵⁾, Larenz ⁶⁾ und Erman ⁷⁾ halten das Bestehen einer Sonderverbindung für notwendig. Auch Westermann ⁸⁾ hält eine bestehende Beziehung für erforderlich.

Der Begriff der rechtlichen Sonderverbindung wird von Siebert ⁹⁾ näher erläutert. Eine Sonderverbindung be-

1) Bd. 160 S. 357

2) RGRK - Nastelski, § 242 Anm. 8

3) Alfred Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947, S. 11,
in: Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Jahrgang 1944/46, Heft 7.

4) Schilling JZ 1953/489.

5) Soergel-Siebert, § 242 Anm. 12 und Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 118.

6) Larenz, § 10 I.

7) Erman, § 242 Anm. II.

8) Westermann, Interessenkollisionen, S. 39.

9) Soergel-Siebert, § 242, Anm. 12/13.

deute, daß zwischen bestimmten Rechtssubjekten auf Grund konkreter Umstände eine besondere rechtliche Beziehung bestehe. Hiernach unterscheidet sich also diese Verbindung von den abstrakten rechtlichen Beziehungen, die auf Grund der Rechtsordnung alle Rechtssubjekte verbindet. Diese Sonderbeziehungen sind vielfältig, sie dürfen nicht zu eng begrenzt werden. Die Bestimmung enthält aber wegen der Voraussetzung des Bestehens einer Sonderverbindung zwischen bestimmten Rechtssubjekten folglich keine allgemeine Pflicht zu gegenseitiger Hilfe und Rücksichtnahme ¹⁾.

Erste Voraussetzung für die Anwendung des § 242 ist also, daß auf Grund bestimmter Tatsachen eine konkrete Rechtsbeziehung oder Sonderverbindung zwischen bestimmten Personen besteht. Die Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses, die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten will § 242 regeln. Das Bestehen

1) Soergel-Siebert, § 242 Anm. 12.

eines wirksamen Vertrages ist damit nicht notwendig, die zwischen allen Rechtssubjekten auf Grund der Rechtsordnung bestehenden rechtlichen Beziehungen sind jedoch nicht ausreichend.

Auf ein wegen Sittenwidrigkeit nichtiges Geschäft kann § 242 folglich nicht angewendet werden. Zwar setzt die Bestimmung, wie gezeigt, nicht das Vorliegen eines wirksamen Vertrages voraus, aber nichtige Beziehungen können nicht mehr durch § 242 ausgestaltet werden. Lediglich auf das Rückgewährschuldverhältnis nach erfülltem aber nichtigen Vertrag findet § 242 Anwendung, da insoweit noch eine konkrete Rechtsbeziehung zwischen den Parteien besteht und insoweit noch eine Ausgestaltung möglich ist.

b) Alleinige weitere Voraussetzung für § 242 ist, daß das Geschäft objektiv gegen Treu und Glauben verstößt. Das heißt, das Verhalten der Parteien darf nicht anders sein, wie redliche und anständig denkende Menschen unter gleichen Umständen im Rahmen der

bestehenden Gemeinschaftsordnung zu handeln pflegen ¹⁾. Ein Bewußtsein des Treuverstoßes bei den Parteien oder auch nur die Kenntnis der die Treuwidrigkeit begründenden Tatsachen ist für § 242 nicht Voraussetzung. Der objektive Verstoß des Geschäftes gegen Treu und Glauben reicht also aus, subjektive Voraussetzungen hat § 242 nicht ²⁾.

Das ergibt sich daraus, daß § 242 ausschließlich dem Zweck dienen soll, den einzelnen vor ungehörigen Zumutungen anderer, mit denen er in Rechtsbeziehungen steht, zu schützen. Die subjektive Vorstellung der Beteiligten ist also für die Anwendung des § 242 unerheblich.

c) Daraus ergibt sich aber auch, daß ein auf die Gültigkeit des ermäßigten Geschäftes gerichteter Parteiwille nicht erforderlich ist. Andernfalls würde dem § 242 die Erreichung seines Zweckes auch unmöglich gemacht. Denn in aller Regel wird der treuwidrig Handelnde die Gültigkeit des Vertrages, jedenfalls im maßgebenden Zeitpunkt des Abschlusses, nur dann wollen, wenn alle vereinbarten Rechte, auch die den Treugrundsatz

1) Erman, § 242 Anm. I 2.

2) Staudinger-Weber § 242 A 147;
Soergel-Siebert, § 242 Anm. 8.

übersteigenden, wirklich entstanden sind. Ein tatsächlicher oder hypothetischer, auf die Gültigkeit des ermäßigten Geschäftes gerichteter Wille wird bei ihm in der Regel nicht festzustellen sein. Diesem Umstand will § 242 Rechnung tragen, indem er den Verpflichteten gerade auch gegen den Willen seines Partners vor dessen zu weit gehenden Forderungen schützen will.

3. a) aa) § 138 hat, im Gegensatz zu § 242, objektive und subjektive Voraussetzungen. Objektive Voraussetzung für § 138 ist, daß das Geschäft entweder nur durch seinen Inhalt ¹⁾ oder durch seinen Gesamtcharakter aus Inhalt, Zweck und Beweggrund ²⁾ gegen die guten Sitten verstößt und ferner, daß entweder beide Vertragspartner unsittlich handeln oder sich das anstößige Handeln des einen gerade gegen den anderen richtet ³⁾.

1) Staudinger-Coing, § 138 Anm. 12a u. 13; Erman-Westermann, § 138 Anm. 6; Soergel-Hefermehl, § 138 Anm. 14; RGJW 1938/2395.

2) Staudinger-Coing, § 138 Anm. 13; RGRK-Krüger-Nieland, § 138 Anm. 6; RG i. st. Rspr., Nachweis bei RGRK-Krüger-Nieland, § 138 Anm. 6.

3) RGRK-Krüger-Nieland, § 138 Anm. 7; st. Rspr. des RG, Nachw. ebendort.

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts im 48. Bande ¹⁾ wird der Inhalt oder der Gesamtcharakter eines Rechtsgeschäftes dann als sittenwidrig angesehen, wenn er gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt ²⁾.

bb) Es stellt sich nun die Frage, von welchem Geschäftsinhalt bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit auszugehen ist, von dem gem. § 242 ermäßigten und damit rechtlich wirksam gewordenen oder von dem nicht ermäßigten Inhalt. Daß in jedem Falle der durch Auslegung ermittelte Inhalt zugrunde zu legen ist, wurde bereits erwähnt ³⁾.

Da § 242 als Schranke der Vertragsfreiheit bewirkt, daß aus Parteivereinbarungen Rechte und Pflichten nur bis zu der Grenze von Treu und Glauben entstehen, die über diesen Grundsatz hinausgehenden scheinbar entstandenen Rechte in Wahrheit nicht existieren, insoweit also gar keine Rechte vorhanden sind, wäre es eigentlich folgerichtig, bei der Prüfung der Sitten-

1) S. 124.

2) Staudinger-Coing, § 138 Anm. 3;
RGRK-Krüger-Nieland, § 138 Anm. 1;
Soergel-Hefermehl, § 138 Anm. 2;
Erman-Westermann, § 138 Anm. 5;
RG 48/124, 77/421, 80/221, 120/144,
150/1, JW 1936/569.

3) So ausdrücklich BGH NJW 1962/103.

widrigkeit des Inhaltes von Verträgen von dem durch § 242 ermäßigten Inhalt auszugehen, denn nur dieser ist rechtlich wirksam geworden. So haben denn auch in neueren Entscheidungen das RG ¹⁾ und der BGH ²⁾ in den Fällen der sog. Bierlieferungsverträge und bei Verträgen, denen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde liegen, zunächst § 242 angewandt und dann festgestellt, daß der so inhaltlich eingeschränkte Vertrag jedenfalls nicht sittenwidrig sei. Auch in der Literatur findet sich diese Meinung ³⁾.

Durch diese Methode wird der Zweck des § 138 jedoch unterlaufen. Der durch sie erstrebte Erfolg, die Vermeidung der Sittenwidrigkeit mit der Folge der totalen Nichtigkeit, die nach Anwendung des § 242 in der Regel nicht mehr vorliegt, läßt sich, wie sich ergeben wird, auch durch die methodisch richtige Anwendung des § 242 nach § 138 erreichen. Die Methode der Rechtsprechung ist daher abzulehnen ⁴⁾.

1) RG 152/253; DR 1941/1456.

2) in MDR 1952/222 = JZ 1952/366; BGH 22/96.

3) Erman-Westermann, § 138 Anm. 4; Westermann, Interessenkollisionen, S. 12; Sebba, Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen, S. 16.

4) So Staudinger-Coing, § 138 Anm. 15b; Pagenstecher aaO, S. 31 ff.; Raiser, aaO, S. 281 ff.

Die dogmatische Begründung für die Ablehnung dieser Methode ist in dem Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 zu suchen. Diese Zwecke werden umgangen, wenn der Geschäftsinhalt zunächst gem. § 242 ermäßigt wird und er erst dann auf einen möglichen Sittenverstoß geprüft wird ¹⁾, denn in manchen Fällen wird der Inhalt des Vertrages durch seine Ermäßigung auf das Treu und Glauben entsprechende Maß seine Sittenwidrigkeit verlieren. Mit diesem ermäßigten Inhalt braucht das ganze Geschäft nicht notwendig sittengemäß zu sein, da neben dem Inhalt auch Zweck und Beweggrund berücksichtigt werden müssen. Aber die Fälle der Sittenwidrigkeit des Geschäftes allein auf Grund des Inhaltes oder des maßgeblichen Einflusses des Inhaltes auf den Gesamtcharakter würden dem Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 entzogen.

Auch erscheint die von der Rechtsprechung angewandte Methode deshalb bedenklich, weil § 242 angewendet wird, bevor das für § 242 notwendige Bestehen einer rechtlichen Beziehung geprüft wurde. Denn eine Bindung besteht in diesen Fällen wegen der Sittenwidrigkeit des Geschäftes mit der Folge der Nichtigkeit

1) Pagenstecher, aaO, S. 28 u. 29, S. 32; Lange, aaO, S. 54; Staudinger-Coing, § 138 Anm. 18 ff.

möglicherweise nicht. Voraussetzung für die Anwendung des § 242 ist aber gerade, daß das Geschäft nicht wegen eines Sittenverstoßes nichtig ist ¹⁾.

Zusammengefaßt ergibt sich, daß in jedem Falle der nicht ermäßigte Inhalt bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit zugrunde zu legen ist. Hieraus folgt, daß methodisch zunächst § 138 zu prüfen ist, dann erst, falls ein Sittenverstoß verneint wurde, § 242, da nur in diesem Fall eine rechtliche Bindung besteht.

b) Es fragt sich nun, ob § 138 neben den objektiven auch subjektive Voraussetzungen hat und ggfl. welche.

aa) Die erste Entscheidung des Reichsgerichtes, die zu den subjektiven Voraussetzungen des § 138 Stellung nimmt, findet sich im 97. Bande ²⁾. Danach komme es grundsätzlich nicht darauf an, ob der Handelnde auch das Bewußtsein gehabt habe, gegen die guten Sitten zu verstoßen. Es sei lediglich erforderlich, daß er die objektiven Tatumstände kenne, die seine Handlung zu einer sittenwidrigen mache. Bei Knebelungsverträgen z. B. sei es also ausreichend, daß der Kreditgeber die Umstände kenne, durch die die sittenwidrige Knebelung des Kreditnehmers

1) So u. a. Westermann, aaO, S. 39.

2) S. 255.

herbeigeführt werde. Es sei nicht erforderlich, daß der Kreditgeber auf Grund dieser ihm bekannten Umstände auch den Gedankenschluß gezogen habe, daß folglich das Geschäft sittenwidrig sei, ihm also das Anstößige seines Tuns auch bewußt geworden sei.

Auch in den beiden folgenden Entscheidungen zu dieser Frage erklärt das Reichsgericht ¹⁾, daß es nicht erforderlich sei, daß sich die Beteiligten der Sittenwidrigkeit des Geschäftes bewußt gewesen seien, sondern daß es vielmehr genüge, wenn sie die objektiven Tatumstände gekannt hätten, die das Geschäft zu einem sittenwidrigen stempelten.

Ein letztes Mal hat sich der Große Senat für Zivilsachen beim Reichsgericht in seinem Beschluß vom 13. März 1936 ²⁾ ausführlich mit den subjektiven Voraussetzungen des § 138 befaßt. Er ist auch zu dem Ergebnis gekommen, daß sich derjenige, zu dessen Ungunsten das Geschäft für nichtig erklärt werden soll, zwar nicht notwendig der Sittenwidrigkeit seines Tuns, aber doch regelmäßig der Tatumstände bewußt gewesen sein müsse, die sein Handeln als sittenwidrig erscheinen

1) RGZ 120/148 und 136/239-240.

2) RGZ 150/1 ff.

lassen ¹⁾.

Spätestens von diesem Beschluß ab galt es für das Reichsgericht als feststehend, daß § 138 als subjektive Voraussetzung nur die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der das Geschäft sittenwidrig machenden Umstände erfordere und daß ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bei den Beteiligten nicht vorhanden gewesen zu sein brauche. In allen späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht diese Ansicht konsequent beibehalten ²⁾.

Auch der BGH vertritt diese Meinung in ständiger Rechtsprechung ³⁾.

In zwei Entscheidungen ⁴⁾ erklärt der BGH zwar, daß bei einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung Sittenwidrigkeit nach § 138 I erst dann vorliege, wenn der die übermäßigen Vorteile beanspruchende Vertragsteil eine solche anstößige Gesinnung gehabt habe, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße.

1) RGZ 150/3.

2) RGZ 161/233; JW 1936/2532, 3309;
HRR 1939 Nr. 1089; WarnRspr. 1936
Nr. 183.

3) NJW 1953/299; LM Nr. 1 zu § 138 (Ca);
NJW 1962/103.

4) NJW 1951/397; 1957/1275.

Der BGH bezieht sich dabei auf den bereits erwähnten Beschluß des großen Zivilsenats bei dem Reichsgericht vom 13. März 1936 ¹⁾. Der große Senat spricht zwar in diesem Beschluß auch von einer anstößigen Gesinnung, die bei einem der Beteiligten unter Umständen vorhanden gewesen sein müsse, meint damit aber die Kenntnis der das Geschäft sittenwidrig machenden Umstände. Wegen der Kenntnis dieser Umstände nimmt das Reichsgericht dann bei dem betreffenden Beteiligten das Vorliegen einer verwerflichen Gesinnung an. Die Feststellung, daß dem Handelnden die sittenwidrig machenden Umstände des Geschäfts bekannt waren, reicht also aus. Ob er die anstößige Gesinnung tatsächlich gehabt hat, ist unerheblich.

Die entsprechende Gesinnung ist demnach keine weitere subjektive Voraussetzung des § 138, insbesondere ist darunter nicht das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit beim Handelnden zu verstehen.

Die Literatur hat sich dieser Ansicht des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes bezüglich der subjektiven Voraussetzungen des § 138 im wesentlichen angeschlossen. So ist Westermann ²⁾ der Ansicht, daß zwar ein ob-

1) RGZ 150/1 ff.

2) Westermann in Erman-Westermann, § 138 Anm. 7.

jektiver Sittenverstoß nicht genüge, daß aber andererseits nicht unbedingt erforderlich sei, daß sich die Handelnden der Sittenwidrigkeit ihres Tuns bewußt gewesen sind. Sittenwidriges Handeln sei danach bei Handeln in Kenntnis der die Sittenwidrigkeit bedingenden Umstände gegeben und es sei folglich nicht erforderlich, daß der Erklärende den Unwert seines Handelns erkenne.

Die gleiche Ansicht wird auch von Palandt-Danckelmann ¹⁾ vertreten. Auch ihrer Ansicht nach brauche sich der Handelnde des sittenwidrigen Charakters seines Tuns nicht notwendigerweise bewußt zu sein, wohl aber müsse er regelmäßig die Tatumstände kennen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergebe. Sowohl Westermann ²⁾ als auch Palandt-Danckelmann ³⁾ beziehen sich dabei auf den Beschluß des großen Zivilsenats beim Reichsgericht vom 13. März 1936 ⁴⁾ zu dieser Frage. Von Krüger - Nieland wird im Reichsgerichtsrätekomentar ⁵⁾ die gleiche Meinung vertreten. Es sei nicht notwendig, daß sich der Handelnde der Sittenwidrigkeit bewußt sei. Er müsse sich lediglich derjenigen Tatumstände

1) § 138 Anm. 1 b.

2) Erman-Westermann, § 138 Anm. 7.

3) § 138 Anm. 1 b.

4) RGZ 150/1 ff.

5) RGRK - Krüger-Nieland, § 138 Anm. 6.

bewußt sein, die seine Handlung zu einer sittenwidrigen machen. Auch insoweit wird auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung verwiesen.

Heinrich Lange ¹⁾ erklärt, daß in keinem Falle erforderlich sei, daß der oder die Beteiligten das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit hatten. Es genüge, daß die Beteiligten den Tatbestand kennen, der das Geschäft zum sittenwidrigen mache.

Auch Lehmann ist unter Berufung auf den Beschluß des großen Zivilsenats der Ansicht, daß das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bei den Beteiligten nicht erforderlich sei und daß die Kenntnis der Tatumstände genüge ²⁾.

Eine etwas differenziertere Meinung vertreten Staudinger - Coing. Auch sie sind zwar der Ansicht, daß das Vorliegen eines Sittenverstoßes grundsätzlich nicht davon abhängt, ob die Parteien den Sittenverstoß erkannt hätten ³⁾. Die Kenntnis der objektiven, das Geschäft sittenwidrig machenden Umstände sei jedoch nicht in jedem Fall erforderlich, da es Geschäfte gebe, die schon durch ihren bloßen Inhalt sittenwidrig seien. In diesen Fällen sei es gleichgültig, ob den

1) § 53 II 2 a und b.

2) § 29 IV 2.

3) § 138 Anm. 12.

Beteiligten die sittenwidrig machenden Umstände des Geschäftes bekannt gewesen seien. In den Fällen, in denen es auf die subjektive Einstellung der Parteien ankomme, sei es jedoch ausreichend, wenn die Beteiligten die anstößigen Umstände erkannt hätten ¹⁾.

Nur Enneccerus-Nipperdey ²⁾ verlangen für bestimmte Fälle nicht nur die Kenntnis der das Geschäft sittenwidrig machenden Umstände, sondern darüber hinausgehend auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bei den Handelnden. Auch Soergel - Hefermehl ³⁾ halten das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit für erforderlich. Diese abweichenden Meinungen werden im folgenden noch ausführlich behandelt.

Im Ergebnis kann also festgestellt werden, daß sowohl die Rechtsprechung des Reichsgerichts als auch des Bundesgerichtshofes sowie die weitaus herrschende Meinung der Literatur als einzige subjektive Voraussetzung für § 138 nur die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der Beteiligten von den das Geschäft sittenwidrig machenden Umständen verlangt. Insbesondere ist nach dieser in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung nicht

1) Staudinger-Coing § 138 Anm. 14.

2) § 191 II 2 b.

3) § 138 Anm. 24.

erforderlich, daß die Beteiligten darüber hinaus auch im Bewußtsein der Sittenwidrigkeit des Geschäftes handelten. Es kommt hiernach also nicht darauf an, ob die Beteiligten auf Grund der ihnen bekannten Umstände auch den Gedankenschluß gezogen oder grobfahrlässig nicht gezogen haben, daß das Geschäft eben wegen dieser anstößigen Umstände sittenwidrig sei.

bb) Dieser herrschenden Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Neben der Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen ist vielmehr als zweite subjektive Voraussetzung für § 138 das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit des Geschäfts bei dem oder den Handelnden oder dessen Fehlen infolge grober Fahrlässigkeit zu fordern. Es ist also zu verlangen, daß der sittenwidrig Handelnde aus den ihm bekannten Tatsachen, die die objektive Sittenwidrigkeit des Geschäftes begründen, auch subjektiv den Gedankenschluß gezogen hat, daß das Geschäft eben wegen dieser ihm bekannten Umstände sittenwidrig sei, oder daß er es grobfahrlässig unterlassen hat, diesen Schluß zu ziehen.

Die Begründung für die Notwendigkeit des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit als zweite subjektive Voraussetzung des § 138 wie auch für die erste subjektive Voraussetzung, die Kenntnis der sittenwidrig machenden Umstände,

ist in dem Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 zu suchen.

Durch die Gesamtnichtigkeit des Geschäftes kann nur der sittenwidrig Handelnde abgeschreckt werden, der sich der Anstößigkeit seines Tuns auch bewußt ist. Es ist nicht denkbar, jemanden abzuschrecken, der nicht das Bewußtsein hat, daß das Gesetz sein Handeln mißbilligt. Abgeschreckt werden kann also nur der bewußt sittenwidrig Handelnde. Und nur demjenigen kann die Sittenwidrigkeit seines Tuns bewußt sein, der die Umstände kennt, die das Geschäft unzulässig machen. Ohne Kenntnis dieser Umstände kann er zwingend diesen Schluß nicht ziehen.

Auch der Strafzweck des § 138 macht als zweite subjektive Voraussetzung das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit erforderlich. Der sittenwidrig Handelnde soll durch Totalnichtigkeit des Geschäftes gestraft werden. Das ist aber nur dann berechtigt, wenn er sich der Unzulässigkeit seines Tuns auch bewußt oder nur wegen grober Fahrlässigkeit nicht bewußt ist. Jemanden mit der Versagung des gewünschten Rechtserfolges zu strafen, der ohne grobe Fahrlässigkeit auf Grund der ihm bekannten Umstände des Geschäftes den Schluß auf dessen Anstößigkeit berechtigterweise nicht gezogen hat, ist nicht gerechtfertigt. Nur den trifft die Straffolge der Totalnich-

tigkeit zu Recht, der im Bewußtsein der Verwerflichkeit seines Tuns handelt.

Daß dem § 138 ein Straf- und Abschreckungszweck zukommt, wird in der Rechtsprechung und dem Schrifttum im allgemeinen anerkannt. Schon in einer Entscheidung des Reichsgerichts im 82. Bande ¹⁾ wird ausgesprochen, daß eine klare und zweifelsfreie Erklärung nicht deswegen, weil sie gegen Treu und Glauben verstößt, umgedeutet werden kann, sondern daß nur untersucht werden könne, ob sie wegen eines Sittenverstoßes der Nichtigkeit verfallende. Damit will die Entscheidung wohl zum Ausdruck bringen, daß wegen des klar zum Ausdruck gebrachten anstößigen Willens eine Umdeutung der Willenserklärung nicht in Betracht komme.

Daß das Reichsgericht dem § 138 einen Straf- und Abschreckungszweck beimaß, ergibt sich auch aus dem zitierten Beschluß des Großen Zivilsenates vom 13. März 1936 zu § 138 I und II ²⁾. Der Große Senat erklärt dort, daß die Beteiligung an einem sittenwidrigen Geschäft den Teil, der seinen Gewinn daraus ziehen will, mit einem Makel behafte und ihn der Mißachtung der redlich Denkenden aussetze. Es sei aber nur dann zu verantworten, jemanden der Mißachtung preiszugeben, wenn er sich schuldig gemacht habe, das

1) S. 316

2) RGZ 150/1 ff.

heißt, wenn er eine solche Sinnesart gezeigt habe, die verwerflich sei und Tadel verdiene. Folge der verwerflichen Gesinnung des Handelnden soll also die Behaftung mit einem Makel und Tadel sein. Das bedeutet zwar nicht, daß das Ansehen des sittenwidrig Handelnden in seiner sozialen Umwelt herabgesetzt werden soll, sondern lediglich, daß die Gemeinschaft sein Handeln mißbilligt und es deshalb für nichtig erklärt. Damit wird dem Handelnden der durch das anstößige Geschäft erstrebte Erfolg verwehrt. Das Reichsgericht mißt also dem § 138 eindeutig einen Straf- und Abschreckungszweck bei.

Stärker als in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wird der Straf- und Abschreckungszweck des § 138 im Schrifttum herausgestellt. Erman-Westermann ¹⁾ erklären ausdrücklich, daß das Gesetz mit der Diskriminierung der unsittlichen Willenserklärung von derartigen Geschäften abschrecken wolle, indem es dem unsittlichen Willen die übliche Verbindlichkeit der Willenserklärung abspreche und als Straffolge ihm jede Rechtswirkung versage. Es sei folglich ein subjektiv vorwerfbares

1) § 138 Anm. 1

Verhalten erforderlich ¹⁾, sonst sei die in der Erklärung des Geschäftes als sittenwidrig liegende moralische Verurteilung der Parteien nicht gerechtfertigt ²⁾

Auch Palandt-Danckelmann sehen die Nichtigkeit des unsittlichen Geschäftes als sittlichen Vorwurf für eine verwerfliche Gesinnung und ein anstößiges persönliches Verhalten der Beteiligten an ³⁾. Auch sie gehen also vom Strafzweck des § 138 mit der Straffolge der Nichtigkeit aus.

Staudinger-Coing ⁴⁾ meinen, die Feststellung eines Sittenverstoßes bedeute, daß ein Werturteil der Rechtsgemeinschaft ausgesprochen werde. Und Krüger-Nieland ⁵⁾ hält es für erforderlich, daß unter Umständen eine besonders verwerfliche Gesinnung vorliegen müsse.

Besonders deutlich stellt Heinrich Lange ⁶⁾ den Straf- und Abschreckungszweck heraus. Bei einer eventuellen Umdeutung oder sonstigen anderen Gestaltung der wegen eines Sittenverstoßes nichtigen Geschäfte sei Zurück-

1) Erman-Westermann, § 138 Anm. 7.

2) Erman-Westermann, § 138 Anm. 8.

3) Palandt-Danckelmann, § 138 Anm. 1b.

4) § 138 Anm. 12.

5) RGRK - Krüger - Nieland, § 138 Anm. 6.

6) Vom alten zum neuen Schuldrecht,
Hamburg 1934, S. 54.

haltung geboten, denn hier sei die Nichtigkeit Strafe, ihre Androhung Abschreckungsmittel.

Auch Pagenstecher ¹⁾ erinnert unter Hinweis auf den von Heinrich Lange betonten Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 daran, diese Zwecke der Bestimmung bei der Behandlung sittenwidriger Geschäfte nicht zu übersehen.

Die Literatur ist sich also einig darin, daß die Nichtigkeit sittenwidriger Geschäfte wegen eines vorwerfbaren, moralisch zu verurteilenden, von einer verwerflichen Gesinnung geprägten Handelns als Straffolge eintritt und die am Rechtsverkehr Beteiligten von solchen Geschäften abschrecken soll.

Wie schon ausgeführt wurde, ist es jedoch nur dann berechtigt, jemanden wegen seines rechtsgeschäftlichen Handelns einen sittlichen Vorwurf zu machen und seinem Handeln den Rechtserfolg zu versagen, wenn er nicht nur die Umstände kennt, die sein Tun anstößig machen, sondern sich auch auf Grund dieser Umstände der Verwerflichkeit seines Handelns bewußt ist. Diese Konsequenz aus dem Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 haben denn auch, wenigstens zum Teil, Enneccerus-

1) Sittenwidrige Lieferungsbedingungen 2. Aufl., Marburg a. d. Lahn, 1944, S. 28 - 29.

Nipperdey und im Anschluß daran Soergel-Hefermehl gezogen.

Enneccerus-Nipperdey sind zwar der Ansicht, daß bei objektiv sittenwidrigem Inhalt es nicht notwendig sei, daß sich die Parteien der Sittenwidrigkeit des Geschäftes bewußt waren ¹⁾. Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bei dem oder den Handelnden sei jedoch erforderlich, wenn sich die Unsittlichkeit des Geschäftes nicht schon aus seinem objektiven Inhalt, sondern erst aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv, Zweck und besonderen Umständen des Falles, also bei Vorliegen eines unsittlichen Gesamtcharakters ergebe. Und zwar deswegen müsse das Bewußtsein sittenwidrigen Handelns bei den Beteiligten vorhanden sein, weil sonst der Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens nicht gerechtfertigt sei. Dem ist voll zuzustimmen.

Die von Enneccerus-Nipperdey gemachte Einschränkung, daß bei objektiv sittenwidrigem Inhalt das Bewußtsein sittenwidrigen Handelns nicht erforderlich sei ²⁾, sondern daß dieses nur bei unsittlichem Gesamtcharakter des Geschäftes vorliegen müsse ³⁾, ist jedoch unverständlich. In jedem dieser beiden Fälle

1) § 191 II 2 a.

2) § 191 II 2 a.

3) § 191 II 2 b.

wird den Beteiligten der Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens gemacht und er ist nicht nur im zweiten, sondern auch im ersten Fall nicht gerechtfertigt, wenn sich die Beteiligten der Sittenwidrigkeit ihres Tuns nicht bewußt waren.

Im Anschluß an Enneccerus-Nipperdey sind auch Soergel-Hefermehl der Meinung, daß die Feststellung, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, meist zugleich einen Vorwurf enthalte, und daß deshalb das Bewußtsein sittenwidrigen Handelns bei den Beteiligten vorhanden sein müsse ¹⁾. Für die Annahme eines Sittenverstoßes im Sinne des § 138 ist deshalb ihrer Ansicht nach generell zu verlangen, daß die Beteiligten bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt das sittlich Anstößige ihres Verhaltens hätten erkennen können. Dem ist beizupflichten.

Nun wird zwar in der Regel derjenige, der die Tatsachen kennt, die das Geschäft unsittlich machen, hieraus auch den Schluß ziehen, daß deshalb das Geschäft unzulässig sei oder es wird auf grober Fahrlässigkeit beruhen, wenn er zu dieser Schlußfolgerung nicht kommt. Es sind aber Fälle denkbar, in denen dem Handelnden zwar die Umstände des Geschäftes bekannt sind, er aber gleichwohl, und zwar wegen seiner

1) § 138 Anm. 24.

billigenswerten Motive und Zwecke, wie im 2. Teil der Arbeit an dem Beispiel der Sicherungsübereignung gezeigt wird, auch bei der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt das Bewußtsein sittenwidrigen Handels nicht hat.

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, die als subjektive Voraussetzung für § 138 nur die Kenntnis der unzulässig machenden Umstände fordert ¹⁾, auch insoweit inkonsequent ist. Das Verlangen nach der Kenntnis dieser Umstände kann nur mit dem Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 begründet werden. Der Ordnungszweck des § 138, die Freihaltung des Rechtslebens von unsittlichen Geschäften ²⁾, könnte allein dadurch erreicht werden, daß objektiv unsittliche Geschäfte ohne weitere subjektive Erfordernisse total nichtig wären.

Die herrschende Meinung muß sich also zur Begründung der Notwendigkeit der Kenntnis der Umstände auf den Abschreckungs- und Strafzweck des § 138 stützen, zieht aber nicht den notwendigen Schluß, daß der unsittlich Handelnde durch diese Kenntnis allein nicht durch Totalnichtigkeit des Ge-

-
- 1) Erman-Westermann, § 138 Anm. 7, Staudinger-Coing § 138 Anm. 12 a, RGRK - Krüger - Nieland, § 138 Anm. 6, BGH NJW 1962/103.
2) Erman-Westermann, § 138 Anm. 1.

geschäftes abgeschreckt werden kann und es nicht gerechtfertigt ist, ihn dadurch zu strafen, wenn er berechtigterweise, wie im 2. Teil der Arbeit am Beispiel der Sicherungsübereignung gezeigt werden soll, aus dieser Kenntnis der Umstände den Gedankenschluß auf die Unsittlichkeit des Geschäftes nicht gezogen hat, er also das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht hatte.

Als subjektive Voraussetzungen müssen für § 138 also die Kenntnis der das Geschäft unsittlich machenden Umstände und das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit verlangt werden.

VI. Die methodische Behandlung von Fällen mit möglichem Sitten- oder Treuerverstoß.

Nachdem Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 138 und 242 bestimmt sind, läßt sich auch die methodische Behandlung von Fällen mit möglichem Sitten- oder Treuerverstoß festlegen.

1. Daraus, daß bei der Prüfung, ob ein Sittenverstoß vorliegt, von dem nicht durch § 242 ermäßigten Inhalt auszugehen ist, wie im Vorhergehenden eingehender begründet wurde, und daraus, daß für § 242 eine Rechtsbeziehung bestehen muß, ergibt sich schon, daß das Geschäft zunächst gem. § 138 auf einen Sittenverstoß zu untersuchen ist. Daß dabei von dem gem. §§ 133 und 157 ermittelten gewollten Vertragsinhalt

auszugehen ist, wurde bereits begründet. Das nach außen erkennbar gewordene wirkliche Wollen der Parteien soll für die Beurteilung ihres Handelns maßgeblich sein ¹⁾.

Aus dem Straf- und Abschreckungszweck des § 138 folgt, wie festgestellt wurde, daß der nicht ermäßigte Geschäftsinhalt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgebend sein muß, und hieraus ergibt sich weiter, daß deshalb zunächst zu prüfen ist, ob ein Sittenverstoß vorliegt.

Aber auch daraus, daß § 138 über den § 242 hinausgehende Voraussetzungen hat und deshalb der § 138 eine umfassendere rechtliche Würdigung des Geschäftes ermöglicht, folgt der Vorrang des § 138 vor dem § 242. Schließlich muß auch das Bedenken gegen die Methode der Rechtsprechung ²⁾, zunächst den Vertrag gem. § 242 einzuschränken und dann festzustellen, daß zumindest nunmehr keine Unsittlichkeit vorliege, wiederholt werden, nämlich daß die Rechtsprechung Gefahr läuft, § 242 auf unsittliche Verträge anzuwenden, bei denen die Voraussetzungen für die Anwendung des § 242, das Bestehen einer rechtlichen Bindung, wegen Nichtigkeit nicht vorliegt.

1) BGH NJW 1962/103.

2) RG 152/253; DR 1941/1456; BGH 22/90; MDR 1952/222.

Zunächst ist folglich das Rechtsgeschäft, dessen rechtlich maßgebender Inhalt gegebenenfalls nach den §§ 133 und 157 zu ermitteln ist, darauf zu untersuchen, ob ein Sittenverstoß vorliegt ¹⁾. Es muß folglich geprüft werden, ob der Inhalt des Geschäftes oder doch dessen sich aus Inhalt, Zweck und Beweggrund ergebender Gesamtcharakter objektiv unsittlich ist. Falls das zu bejahen ist, muß untersucht werden, ob der oder die Handelnden auch Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit bedingenden Umstände hatten. Schließlich ist zu fragen, ob der Handelnde aus seiner Kenntnis der Umstände auch den Gedankenschluß gezogen oder grobfahrlässig nicht gezogen hat, daß deshalb sein Tun unzulässig sei, ob ihm also das Anstößige seines Handelns bewußt war.

2. Für den Fall des Fehlens einer dieser Voraussetzungen des § 138, der objektiven wie subjektiven, bleibt wegen der geringeren Voraussetzungen des § 242 ein Treuverstoß gleichwohl möglich und das Geschäft ist folglich daraufhin zu untersuchen.

Steht die objektive Sittenwidrigkeit fest, fehlen aber die oder eine der subjektiven Erfordernisse, wird in der

1) Staudinger-Coing, § 138 Anm. 18 ff.; Pagenstecher, aaO, S. 31 ff.; Raiser, aaO, S. 281 ff.; Lange, aaO, S. 54.

Regel ein Treuerverstoß gem. § 242 vorliegen, da dieser subjektive Voraussetzungen nicht hat und ein objektiver Sittenverstoß einen Treuerverstoß einschließt ¹⁾. Wegen der für den Treuerverstoß erforderlichen geringeren Intensität bleibt dieser auch dann noch möglich, wenn schon ein objektiver Sittenverstoß bei der Prüfung des § 138 abgelehnt wurde.

Im Falle der Bejahung der objektiven wie subjektiven Voraussetzungen des § 138 ist wegen der dann eingetretenen Totalnichtigkeit und der infolgedessen fehlenden rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien für eine Anwendung des § 242 kein Raum mehr ²⁾.

-
- 1) Staudinger-Weber, § 242 A 138;
RGRK-Nastelski, § 242 Anm. 8.
2) Staudinger-Weber, § 242 B 354;
Westermann, aaO, S. 39.

2. Teil: Die Vernichtung der Sicherungsübereignung durch
§ 138.

I. Allgemeines.

Die im ersten Teil dieser Arbeit gewonnenen dogmatischen und methodischen Erkenntnisse bezüglich der Anwendung der §§ 138 und 242 sollen in diesem zweiten und dem anschließenden dritten Teil auf die SÜ angewandt werden. Insbesondere soll in diesem zweiten Teil gezeigt werden, wie sich der Umstand auf die SÜ auswirkt, daß die subjektiven Voraussetzungen des § 138 abweichend von der h. M. insoweit neu bestimmt wurden, als über die Kenntnis der das Geschäft sittenwidrig machenden Umstände hinaus auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit als zweite subjektive Voraussetzung verlangt wird.

Wie festgestellt wurde, ist methodisch jedes Geschäft, sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, zunächst gem. § 138 auf einen Sittenverstoß zu prüfen, und dann erst, falls dieser abgelehnt wird, ob das Geschäft gem. § 242 zu ermäßigen ist.

Die SÜ kann einmal sittenwidrig sein wegen ihrer Auswirkungen auf das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner, indem sie nämlich dem Schuldner die nötige wirtschaftliche Bewegungsfreiheit raubt, und zum anderen wegen ihrer Auswirkungen auf das Verhältnis

des gesicherten Gläubigers zu den ungesicherten Gläubigern, da sie geeignet ist, diese über die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu täuschen und damit zu schädigen ¹⁾. Im ersteren Falle spricht man von Knebelung des Schuldners, im zweiten von Gläubigergefährdung durch Kredittäuschung ²⁾.

II. Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Schuldnerknebelung.

1. Erste objektive Voraussetzung einer unzulässigen Knebelung ist die Sittenwidrigkeit des Inhaltes des Sicherungsvertrages. Eine anstößige Knebelung liegt dann vor, wenn es dem Schuldner infolge der durch die SÜ übernommenen Verpflichtungen unmöglich gemacht wird, sich nach seinem eigenen Willen wirtschaftlich zu betätigen ³⁾, denn dann wird die Freiheit des Schuldners in unwürdiger Weise eingeschränkt, die das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt. Weiter konkretisiert bedeutet das, daß dem Schuldner die Möglichkeit genommen sein muß, die in seinem Unternehmen notwendigen Ent-

1) Westermann, aaO, S. 10 u. 25;
Serick, Bd. II, § 21 II 3 c;
BGH NJW 1962/102 ff.

2) Staudinger-Coing, § 138 Anm. 18 gg;
BGH NJW 52/1169.

3) BGH NJW 1962/103.

scheidungen frei nach eigenem Entschluß zu treffen, sondern er sich hierbei dem Willen des Gläubigers unterordnen muß.

a) Hierdurch, so meinen einzelne Stimmen in der Literatur ¹⁾, sei eine Knebelung kaum möglich, da schon jeder Angestellte seinen eigenen Willen dem seines Dienstherrn unterzuordnen habe ²⁾ und die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers schon durch die ihm zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel eingeschränkt werde ³⁾.

Diese Meinung verkennt aber, worauf Westermann ⁴⁾ hinweist, daß der Schuldner mit der Verantwortung und Haftung für sein Tun belastet wird, was beim Angestellten nicht und beim Unternehmer trotz evtl. beschränkter Mittel der Fall ist. Die grundsätzliche Möglichkeit der Knebelung des Schuldners durch völlige Unterordnung des eigenen Willens auf wirtschaftlichem Gebiet unter den des Gläubigers wird denn auch nicht mehr ernsthaft bestritten ⁵⁾.

b) Die ältere Rechtsprechung des

1) Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge, S. 41 u. 42; Barkhausen, NJW 1953/1413.

2) So Bauer-Mengelberg, aaO.

3) So Barkhausen, aaO.

4) aaO, Anm. 20..

5) Westermann, aaO, S. 12; Staudinger-Going, § 138 Anm. 18 gg a. E.; RGRK-Krüger-Nieland, § 138 Anm. 32.

RG ¹⁾ sah für eine Knebelung als entscheidend an, in welchem Umfange der Schuldner das Eigentum an seinem beweglichen Vermögen auf seinen Gläubiger übertragen mußte. Allein die Änderung der dinglichen Rechtslage, der Erwerb des Sicherungseigentums an dem gesamten Umlaufvermögen des Schuldners, wurde für eine unzulässige Knebelung als ausreichend angesehen. Erst in der Entscheidung im 136. Bande ²⁾ erkannte das RG, daß der Schuldner allein durch den Verlust des Eigentums nicht unsittlich in seiner wirtschaftlichen Freiheit beschränkt werden kann, wenn ihm der Besitz an den Sachen belassen wird und er infolge entsprechender Ermächtigungen des Gläubigers in seinem Geschäftsbetrieb unbeschränkt über die Gegenstände verfügen, also Rohstoffe verarbeiten, Waren verkaufen und Forderungen einziehen darf. Der BGH maß demgegenüber in seinem sog. Pektin-Urteil ³⁾ der umfassenden Übereignung noch entscheidende Bedeutung bei. Aber auch er hat sich in einer neueren Entscheidung ⁴⁾ auf den Standpunkt gestellt, daß bei entsprechenden Verfügungsermächtigungen eine Knebelung des Schuldners durch die bloße Übereignung nicht eintrete.

1) Nachweis bei Schlosser, aaO, S. 20, Fußn. 50, S. 21, Fußn. 54.

2) S. 247 ff.

3) Pektin-Urteil, BGH 7/111, ausführlicher in NJW 1952/1169.

4) BGH NJW 1962/103.

In der Literatur ¹⁾ hat sich ebenfalls die Meinung durchgesetzt, daß die Änderung der dinglichen Rechtslage allein keine Knebelung des Schuldners bewirken könne. Denn wenn der Schuldner über sein gesamtes, im jeweiligen Bestand zur Sicherheit übereignetes Warenlager in seinem Geschäftsbetrieb auf Grund entsprechender Ermächtigungen des Gläubigers frei verfügen kann und seine gesamten sicherungshalber abgetretenen Kundenforderungen einziehen und über die Verwendung der eingehenden Gelder allein bestimmen kann, sind seiner unternehmerischen Betätigung keine Beschränkungen auferlegt. Allein die Herbeiführung einer Änderung der dinglichen Zuordnung bzw. bei Forderungen der Gläubigerschaft selbst des gesamten noch freien beweglichen Schuldnervermögens macht einen Sicherungsvertrag noch nicht wegen Knebelung objektiv unsittlich.

c) Eine unzulässige Knebelung kann also nur durch die schuldrechtlichen Bindungen des Sicherungsvertrages eintreten, die das "Dürfen und Können" ²⁾ des Schuldners regeln. Möglich und häufig anzutreffen ³⁾ sind einmal Bestimmungen darüber, daß der Gläubiger berechtigt sei, die dem

1) Westermann, aaO, S. 10-11; Barkhausen, NJW 1953/1413.

2) Westermann, aaO, S. 10.

3) So auch im sog. Pektin-Urteil, aaO; BGH NJW 1952/1169.

Schuldner erteilten Ermächtigungen, über das Sicherungsgut im eigenen Namen frei zu verfügen und die sicherungshalber abgetretenen Forderungen einzuziehen und die Verwendung der eingehenden Gelder frei zu bestimmen, jederzeit zu widerrufen und Herausgabe der Gegenstände, also der Sachen wie der Forderungen, zu verlangen.

Zum anderen sind Bindungen bezüglich der Verwendung der eingehenden Erlöse verschiedentlich festzustellen.

aa) Nach der Rechtsprechung ¹⁾ macht eine Befugnis des Gläubigers, jederzeit die Herausgabe der sicherungshalber übereigneten Sachen und der Erlöse aus den abgetretenen Forderungen verlangen oder die Ermächtigung zur Einziehung dieser Forderungen widerrufen zu können ²⁾, einen Sicherungsvertrag objektiv unsittlich. Denn der Gläubiger könne damit auf einen Schlag dem Unternehmen des Schuldners das gesamte Umlaufvermögen entziehen und es damit zum Erliegen bringen.

Das ist zuzugeben. Unrichtig ist jedoch, hieraus den Schluß auf die Unsittlichkeit des Vertrages zu ziehen, worauf Westermann ³⁾ und Barkhausen ⁴⁾ hinweisen, da der Gläubiger durch Voll-

1) Am eingehendsten im sog. Pektin-Urteil, aaO.

2) Vorausgesetzt, daß, wie erwähnt, ein solches Recht auch tatsächlich gewollt ist, was ggfl. durch Auslegung zu ermitteln ist, siehe BGH NJW 1962/102.

3) aaO, S. 11.

4) NJW 1953/1413.

streckung auf Grund vollstreckbaren Titels den gleichen Erfolg herbeiführen kann. Ein jederzeitiges Widerrufsrecht des Gläubigers zusammen mit dem Recht, jederzeit Herausgabe der sicherungsübereigneten Gegenstände verlangen zu können, kann also einen Sicherungsvertrag infolge Knebelung ebenfalls nicht unsittlich machen.

bb) Anders ist es jedoch, wenn dem Schuldner durch den Vertrag die Möglichkeit genommen wird, das Schicksal der Erlöse frei zu bestimmen.

Verschiedentlich wird ihm durch die Sicherungsabrede auferlegt, die eingehenden Mittel in voller Höhe an den Gläubiger abzuführen oder, etwas milder, für diese Beträge ausschließlich Waren oder Rohstoffe zu erwerben, die dem Sicherungslager zugeführt werden müssen ¹⁾.

Diese Verpflichtung zur ausschließlichen Abführung der Erlöse beraubt den Schuldner jeder unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und treibt ihn, wenn er kein sonstiges freies Vermögen hat, dem Zusammenbruch entgegen. Die Entscheidungsfreiheit wird ihm deshalb geraubt, weil er den Umlauf und den Einsatz der Mittel, ob er z. B. neue Waren erwerben will und in welchem Umfang, oder ob er Gläubiger befriedigen will, nicht mehr bestimmen kann ²⁾.

1) Siehe die viel zitierte Pektin-Entscheidung, aaO.

2) Westermann, aaO, S. 12.

Damit ist ihm der entscheidende Einfluß auf den Gang seines Unternehmens genommen. Er trägt aber gleichwohl das Unternehmerrisiko und insbesondere einen evtl. Verlust. Das ist mit den guten Sitten nicht mehr zu vereinbaren ¹⁾.

Das gleiche gilt für eine Vereinbarung, nach der er aus den Erlösen ausschließlich nur neue Waren und Rohstoffe erwerben darf und diese in das Sicherungslager einbringen muß. Auch diese Bindung bezüglich der eingehenden Gelder treibt den Schuldner dem Konkurse zu, weil ihm keine Mittel für die übrigen Betriebsausgaben, insbesondere Löhne und Gehälter, verbleiben ²⁾ und der erhaltene Kredit zur Bestreitung dieser Ausgaben meistens nur eine eng begrenzte Zeit ausreicht. Eine derartige Vereinbarung hat auch der BGH in der viel zitierten Pektin-Entscheidung für eine wesentliche, den Vertrag unsittlich machende Bindung angesehen. Insbesondere auch deshalb, weil im Falle der Bindung der Erlöse für neue, in das Sicherungslager einzubringende Waren oder Rohstoffe der jeweilige Unternehmensgewinn die Sicherung fortlaufend verstärkt, worauf auch Westermann hinweist ³⁾.

Dem Schuldner muß also durch den Sicherungsvertrag die Möglichkeit eingeräumt werden, den Einsatz und die

1) Westermann, aaO, Anm. 20;
BGH 19/18; NJW 56/417.

2) So die sog. Pektin-Entscheidung,
aaO.

3) aaO, Anm. 21.

Verwendung der eingehenden Gelder grundsätzlich frei zu bestimmen, jedenfalls soweit sie zur Aufrechterhaltung der Sicherheit in gleicher Höhe nicht erforderlich sind, und der Gläubiger nicht bestimmte Geschäfte für aussichtsreich hält ¹⁾. Daß der Schuldner für die aus dem Sicherungslager entnommenen und verkauften oder verarbeiteten Waren oder Rohstoffe aus den Erlösen Ersatz beschaffen muß und insoweit bezüglich der Verwendung der eingehenden Mittel zulässig gebunden ist, ist selbstverständlich, da sonst der Gläubiger seine Sicherheit nach und nach verlieren würde.

Bestimmte Bindungen bezüglich der eingehenden Gelder können also bewirken, daß der Inhalt des Sicherungsvertrages wegen Knebelung des Schuldners objektiv gegen die guten Sitten verstößt.

2. Ein solcher Sicherungsvertrag, der den Schuldner wegen bestimmter Bindungen bezüglich der Erlöse objektiv unsittlich knebelt, wäre aber nur dann sittenwidrig, wenn auch die subjektiven Voraussetzungen des § 138 vorliegen. Wie im ersten Teil der Arbeit festgestellt wurde, müßte der Gläubiger also in Kenntnis der die Unsittlichkeit des Vertrages begründenden Umstände gehandelt und auf Grund dieser

1) aaO, Anm. 21.

Kenntnis den Gedankenschluß gezogen haben, daß das Geschäft eben wegen dieser Umstände sittenwidrig sei. Er müßte also neben der Kenntnis der Tatsachen auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit gehabt haben, und zwar auch in dem Falle, in dem, wie bei der Knebelung, nicht erst der auch subjektive Vorstellungen berücksichtigende Gesamtcharakter des Geschäftes aus Inhalt, Zweck und Beweggrund, sondern schon der Inhalt allein objektiv sittenwidrig ist.

a) Um ihm den Schluß auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages zu ermöglichen, müßten dem Gläubiger also die Umstände bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sein, die für den Schuldner bei Bindungen bezüglich der Erlöse eine unsittliche Knebelung bewirken. Der Gläubiger muß also wissen bzw. grobfahrlässig nicht wissen ¹⁾, daß es dem Schuldner im Falle der Verpflichtung zur Ablieferung der Erlöse an den Gläubiger oder zur ausschließlichen Verwendung zum Ankauf neuer, in das Sicherungslager einzubringender Waren oder Rohstoffe infolge des Fehlens anderweitiger Mittel nicht möglich ist, die für die sonstigen Betriebsausgaben, wie insbesondere Löhne und Gehälter, im ersteren Falle auch Rohstoffe oder neue Handelsware, notwendigen Gelder aufzu-

1) RG 97/255.

bringen. Dabei muß es, wie gesagt, ausreichen, wenn er sich der Erkenntnis der die Knebelung des Schuldners bewirkenden Tatsachen leichtfertig verschließt. Das ergibt sich, wie im ersten Teil der Arbeit näher begründet wurde, aus dem Abschreckungs- und Strafzweck des § 138.

b) Aus den gleichen Zwecken folgt, wie ebenfalls gezeigt wurde, die Forderung nach dem Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, das erst das Geschäft nichtig macht. Der Gläubiger müßte also aus der Kenntnis der Umstände den Schluß gezogen oder grobfahrlässig nicht gezogen haben, daß diese Bindungen der Erlöse den Schuldner unzulässig knebeln.

aa) Diesen Gedankenschluß auf die Sittenwidrigkeit wird der Gläubiger aber nicht ziehen, wenn der Schuldner in der Verwendung der eingehenden Gelder nur insoweit gebunden ist, als er sie für den Ankauf neuer, in das Sicherungslager einzubringender Waren oder Rohstoffe verwenden muß. Und zwar deshalb nicht, weil diese Bestimmung nur verhindern soll, daß der Umfang des Sicherungsgutes durch Verkauf oder Verarbeitung nach und nach immer weiter reduziert wird, so daß der Gläubiger auf diese Weise seine Sicherung verliert. Der Gläubiger sagt sich, daß diese Bestimmung bezüglich der eingehenden Gelder ihm ja nur seine

Sicherung erhalten soll, und daß sie damit, da Sicherung weder anstößig noch ungesund ist ¹⁾, nicht unsittlich sein könne. Daß der Gläubiger dabei übersieht, daß der in den Verkaufserlösen enthaltene Unternehmergewinn ständig seine Sicherung erhöht, ist nicht so schwerwiegend, daß sich ihm damit geradezu der Gedanke aufdrängen müßte, daß eine derartige Bindung unsittlich sei. Zumal die Fälle auszuschließen sind, worauf Westermann zutreffend hinweist ²⁾, in denen eine zunächst unzureichende Sicherung allmählich erhöht wird, oder, worauf Barkhausen aufmerksam macht ³⁾, der Schuldner nach Erhöhung der Sicherung auch eine Kredit-erhöhung verlangen kann, so daß ihm hieraus wieder Mittel für die sonstigen Betriebsausgaben zur Verfügung stehen.

Festzuhalten ist also daran, daß die Klausel bezüglich der Bindung der Erlöse für den Ankauf neuer Waren oder Rohstoffe der Erhaltung der Sicherung des Gläubigers dient, und daß dieser wegen dieses Zweckes folglich nicht den Schluß auf die Sittenwidrigkeit der Bestimmung zieht, da er in dem Glauben ist, einen zulässigen Zweck mit zulässigen Mitteln zu verfolgen. Bei dieser Annahme handelt der Gläubiger auch nicht fahrlässig.

1) Westermann, aaO, S. 11 und Anm. 21; sinngemäß auch Lange, NJW 1950/568.

2) aaO, Anm. 21.

3) NJW 1953/1413.

Daß er dabei evtl. die Grenze des dem Schuldner Zumutbaren überschreitet, wenn ein Prozentsatz in der Klausel nicht angegeben wird, muß ihm auch nicht den Gedanken an die Unsittlichkeit aufzwingen und das Geschäft damit wegen eines Sittenverstoßes nichtig machen, sondern das kann möglicherweise im Rahmen der nach dem § 138 zu prüfenden Vorschrift des § 242 beachtlich sein, so daß die Klausel zu ermäßigen ist.

bb) In dem Falle aber, in dem der Schuldner sämtliche eingehenden Gelder an den Gläubiger abführen muß, hat der Gläubiger auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit oder es fehlt ihm infolge grober Fahrlässigkeit. Eine derartige Bindung hat mit dem Sicherungszweck nichts mehr zu tun ¹⁾. Sie dient nicht der Sicherung, insbesondere nicht der Erhaltung der Sicherung wie bei der Bindung der Erlöse für neue Waren oder Rohstoffe, sondern sie dient der Befriedigung des Gläubigers, und zwar schon vor dem Zusammenbruch des Schuldners. Der Zweck der Sicherung ist aber nur die Befriedigung im Notfall ²⁾. Diesem Zweck der sofortigen Befriedigung im Anschluß an die Kreditgewährung dient die Klausel auf eine Art, die dem Schuldner jede unternehmerische Entscheidungsfreiheit nimmt, er kann

1) Westermann, aaO, S. 12.

2) BGH NJW 1962/102-103.

von den eingehenden Beträgen nicht einmal die Löhne und sonstigen Betriebsausgaben bezahlen. Der Schuldner ist folglich von dem Kreditgeber wirtschaftlich völlig abhängig, da er darauf angewiesen ist, daß er von diesem neue Kredite zur Bestreitung der Betriebsausgaben erhält. Wie Westermann zutreffend sagt, trägt der Schuldner zwar das Unternehmerisiko, ihn trifft die Verantwortung und Haftung, er kann aber nicht mehr frei handeln ¹⁾.

Da also eine Vereinbarung, nach der der Schuldner sämtliche eingehenden Erlöse an den Gläubiger abführen muß, nicht dem Sicherungszweck dient, kann sich der Gläubiger nicht darauf berufen, daß er wegen eines billigenswerten Zweckes unterlassen habe, aus den ihm bekannten Umständen den Schluß auf die Sittenwidrigkeit des Geschäftes zu ziehen, daß ihm also das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit gefehlt habe. Ein billigenswerter Zweck, wie es die Sicherung für den Notfall gewesen wäre, liegt nicht vor. Hält der Gläubiger dennoch auch in diesem Falle sein Verhalten für billigenswert, handelt er grobfahrlässig. Bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte er erkennen können, daß eine derartige Klausel nicht mehr seiner

1) Westermann, aaO, Anm. 20.

Sicherung für den Fall des Konkurses des Schuldners dient, und daß sie deshalb wegen Knebelung des Schuldners sittenwidrig sein müsse.

Festzustellen ist also, daß in den Fällen, in denen der Schuldner auf Grund der Sicherungsabrede verpflichtet ist, die gesamten eingehenden Erlöse an den Gläubiger abzuführen, dieser bei Vertragsschluß auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit hatte oder, wenn er sich dennoch auf dessen Fehlen beruft, er dieses Bewußtsein infolge grober Fahrlässigkeit nicht hatte. Damit erfüllen derartige Ablieferungsklauseln die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 138.

III. Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Gläubigergefährdung.

Nachdem untersucht wurde, wann die Sicherungsübereignung wegen ihrer Auswirkungen auf das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner sittenwidrig ist, soll jetzt geprüft werden, wann das wegen der Auswirkungen auf das Verhältnis des Gläubigers zu Dritten, also den ungesicherten Gläubigern, der Fall ist. Denn die SÜ ist geeignet, die ungesicherten Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu täuschen und damit zu schädigen ¹⁾. Man spricht in diesen Fällen von Gläubigergefährdung durch Kredittäuschung.

1) Westermann, aaO, S. 25, 30 - 31;
BGH 10/233; NJW 1962/102.

1. a) Durch die umfassende Sicherungs-
übereignung, die dem Schuldner kein
nennenswertes freies Vermögen beläßt
- und nur um eine solche geht es bei
allen Auseinandersetzungen ¹⁾ -, werden
die übrigen Gläubiger deshalb über die
Kreditwürdigkeit des Schuldners ge-
täuscht, weil für sie nicht erkenn-
bar ist, daß durch die SÜ alle nennens-
werten Vermögenswerte aus dem Schuld-
nervermögen ausgeschieden sind. Die
ungesicherten Gläubiger machen sich
eine falsche Vorstellung von der Ver-
mögenslage ihres Schuldners, nämlich
eine zu günstige. Ursächlich dafür,
daß diese Vorstellung nicht zutrifft,
da die Wirklichkeit anders ist, ist
die SÜ.

Die Altgläubiger, in der Regel Waren-
gläubiger, deren Forderungen vor der
SÜ entstanden sind, sind der Meinung,
der Schuldner besitze noch für eine
Beitreibung im Notfall ausreichendes
Umlaufvermögen und sei deshalb noch
kreditwürdig. Sie unterlassen auf
Grund dieser, infolge der SÜ falsch
gewordenen Vorstellung die Vollstrek-
kung und belassen dem Schuldner ihren
Kredit.

Die Neugläubiger, in der Regel eben-
falls Lieferanten, deren Forderungen
nach der SÜ entstanden sind, machen
sich auch die Vorstellung, daß dem
Schuldner noch ausreichende Voll-
streckungsobjekte zur Verfügung ste-

1) Schlosser, aaO, S. 41 oben, erkennt
das.

hen und er deshalb nicht gefährdet sei und geben auf Grund dieser ebenfalls durch die SÜ unzutreffend gewordenen Vorstellung neuen Kredit ^{1) 2)}.

In beiden Fällen ist die SÜ kausal für die falsche Vorstellung der Warengläubiger, der Schuldner sei kreditwürdig, ihm könne ein alter Kredit belassen oder ein neuer gewährt werden.

Die Möglichkeit, daß ein ungesicherter Gläubiger durch die Sicherungsübereignung über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden könne, wird in der Literatur, insbesondere von Westermann ³⁾, allerdings mit Einschränkungen, bestritten, da nach dem System des BGB kein gesetzlich geschützter Rechtsschein vorliege.

1) BGH 10/233.

2) Auf die Tatbestandsbildung des RG im Bd. 136, S. 247 näher einzugehen erübrigt sich hier, da diese einmal für § 826 erfolgt ist und sich zum anderen die herausgestellten fünf Tatbestände auf die beiden Grundtypen Knebelung und Gläubigergefährdung durch Kredittäuschung zurückführen lassen, worauf das RG in einer späteren Entsch. hinweist (RG 143/48) und was auch die neueren Entsch. des BGH (NJW 52/1169; 56/417; 62/102) zeigen.

3) aaO, S. 34 ff.

Der infolge der Unkenntnis der SÜ auf den Schein der Kreditwürdigkeit des Schuldners Vertrauende verlasse sich auf einen Rechtsschein, den es nach dem BGB nicht gebe, jedenfalls werde das Vertrauen auf einen solchen Rechtsschein nicht gesetzlich geschützt.

Darin, daß ein gesetzlich geschützter Rechtsschein nicht vorliegt, ist Westermann zu folgen. Aber die daraus gezogenen Folgerungen gehen fehl. Ein geschützter Schein liegt immer nur dann vor, wenn der auf ihn Vertrauende das Recht, obwohl es in Wahrheit nicht besteht oder jedenfalls nicht in der Person des Vertragspartners, dennoch erwirbt. Der Erwerber erlangt also allein auf Grund des äußeren Scheines ein, in der Regel dingliches Recht, ein Recht an einem Gegenstand.

Die ungesicherten Gläubiger wollen aber nicht, vertrauend auf einen äußeren, die SÜ nicht erkennbar machenden Schein ein bestimmtes Recht am Schuldnervermögen oder einzelnen Gegenständen erwerben, sie tun es auch nicht. Von einem Rechtsschein zu sprechen, ist hier also verfehlt und insoweit Westermann zu folgen.

Aus dem fehlenden Rechtsschein aber den Schluß zu ziehen, das Vertrauen der Gläubiger sei folglich nicht geschützt, geht jedoch nicht an, da ein solcher Schein, weil sie kein bestimm-

tes Recht am Schuldnervermögen oder einzelnen Sachen erwerben wollen, gar nicht erforderlich ist. Und zum anderen wird auch der getäuscht, der auf einen äußeren Schein vertraut, und zwar von dem, der ihn geschaffen hat, auch wenn dieser Schein nicht gesetzlich geschützt wird.

Eine Täuschung liegt aber dann nicht vor, wenn durch die SÜ ein solcher Schein nicht erzeugt wird, wie das z. B. in der Regel bei Flüchtlingsbetrieben der Fall ist. Von diesen wissen die Gläubiger, daß das gesamte Betriebsvermögen regelmäßig zur Sicherung von Anlaufkrediten gebunden ist ¹⁾.

Zuzustimmen ist Westermann ²⁾ darin, daß eine Pflicht zur Offenbarung der SÜ für den Gläubiger und für den Schuldner, ausgenommen gegenüber bestimmten Vertragspartnern in bestimmten Fällen, grundsätzlich nicht besteht ³⁾. Eine solche Offenbarungspflicht wird aber auch nur dann bedeutsam, wenn, wie Westermann meint, die Täuschung höchstens in einem Unterlassen bestehen könnte, weil dann die Pflicht zum Handeln, nämlich zum

1) BGH NJW 1962/103.

2) aaO, S. 35.

3) aaO, Anm. 92, mit umfangreichem Schrifttum.

Offenbaren, entscheidend wird. Diese Pflicht läßt sich, wie Westermann ¹⁾ zu Recht zeigt, weder aus der Tendenz der Verfügung zur Offenkundigkeit noch aus dem Publizitätsgedanken des Pfandrechts folgern, da § 930 auf die Offenkundigkeit gerade verzichtet. Desgleichen ergibt sie sich auch nicht aus Gesetz, Vertrag oder vorherigem oder gleichzeitigem gefährdenden Tun. Aus dem zuletzt genannten Grundsatz läßt sie sich deshalb nicht herleiten, da dieser Grundsatz nur dann gilt, wenn zu entscheiden ist, ob jemand für sein vorheriges oder gleichzeitiges Tun, eben weil es gefährdend ist, haften muß, ob er also Schadensersatz zu leisten hat. Der Grundsatz kann folglich für § 826 Bedeutung haben, er gilt aber nicht für § 138. Im übrigen stellt sich die Frage nach einer Offenbarungspflicht nicht, wenn man zu Recht der Rechtsprechung folgt, die ein positives, die Täuschung bewirkendes Handeln des gesicherten Gläubigers annimmt, eben den Abschluß des Sicherungsvertrages.

b) Die Täuschung der Gläubiger ist aber nur dann erheblich und damit sittenwidrig, wenn sie zu deren Schädigung führt oder diese zumindest nahe liegt.

1) aaO., S. 35.

Die Altgläubiger können auf Grund der Täuschung dadurch einen Schaden erleiden, daß ihnen durch eine umfassende Sicherungsübereignung die Möglichkeit genommen wird, sich im Notfall aus dem ihrer Meinung nach dem Schuldner noch zur Verfügung stehenden Vermögensstücken zu befriedigen, so daß sie im Falle des Zusammenbruchs des Schuldners nur die infolge der umfassenden Übereignung geringe Konkursquote erhalten. Das trifft in besonderem Maße dann zu, wenn ein größerer Kredit nachträglich, meist bei Hingabe eines weiteren kleineren, durch eine SÜ gesichert wird ¹⁾.

Ein Schaden kann ihnen aber auch schon dadurch entstehen, daß sie wegen ihrer falschen Vorstellung, der Schuldner sei noch kreditwürdig, eine Zwangsvollstreckung unterlassen.

Eine Schädigung der Neugläubiger kann infolge der Täuschung dadurch eintreten, daß sie einem Schuldner noch Kredit gewähren, der nicht mehr kreditwürdig ist, da seine gesamten nennenswerten Vermögensstücke für den gesicherten Gläubiger gebunden sind und sich der Neugläubiger deshalb für seinen Kredit im Notfalle nicht mehr aus dem Schuldnervermögen befriedigen kann. Der Schaden ist dann besonders groß, wenn der gesicherte Kredit dem

1) Westermann, aaO, S. 32.

an sich konkursreifen Schuldner nur ein Fortvegetieren ermöglicht und der Neugläubiger einem solchen Schuldner infolge seiner Unkenntnis der SÜ noch einen neuen Kredit gibt ¹⁾.

Der Eintritt dieser Schäden bei den ungesicherten Gläubigern liegt dann nahe, wenn die SÜ einen hohen Prozentsatz des Schuldnervermögens erfaßt. Je höher der Prozentsatz ist, desto naheliegender ist die Gefahr, da damit um so kleiner der freie, für die Befriedigung der übrigen Gläubiger zur Verfügung stehende Teil des Schuldnervermögens ist.

Die Möglichkeit, daß den ungesicherten Gläubigern durch die umfassende SÜ ein Schaden entstehen kann, wird von der Literatur, insbesondere von Westermann ²⁾, allerdings mit Einschränkungen, bestritten. Eine Schädigung der Altgläubiger sei schon deshalb nicht möglich, da dem aus dem Schuldnervermögen ausgeschiedenen Sicherungsgut der in das Vermögen des Schuldners geflossene Kredit gegenüberstehe und der Gläubiger dafür, daß dieser infolge wirtschaftlicher Mißerfolge des Schuldners verlorengelasse, nicht haftet, und daß in dem Falle, in dem die Sicherung höher sei als der Kredit, der Überschuß

1) Westermann, aaO.

2) Westermann, aaO, S. 32.

in die Masse falle. Aber auch eine Schädigung der Neugläubiger sei nicht möglich, denn diese müßten die Verschlechterung der Vermögenslage ihres Schuldners selbst tragen, genauso wie die Altgläubiger. Anders sei es lediglich, und zwar bezüglich der Altgläubiger, wenn ein großer ungesicherter Kredit nachträglich gesichert wird, da dadurch die Altgläubiger zurückgedrängt würden, oder wenn der gesicherte Kredit nur ein Fortvegetieren des an sich konkursreifen Schuldners ermögliche, da dann die Gefahr, daß ein Neugläubiger diesem völlig kreditunwürdigen Schuldner noch einen Kredit gewährt, besonders groß sei.

Daß der Kredit die Sicherung wertmäßig in der Regel ausgleicht, kann nicht bestritten werden. Aber dabei wird übersehen, daß es den Altgläubigern auf im Notfall zur Verfügung stehende Vollstreckungsobjekte ankommt, die durch den in das Schuldnervermögen fließenden Kredit als Ausgleich für die ausgeschiedenen nicht geschaffen werden. Denn dieser Kredit ist im allgemeinen dazu bestimmt, dem Schuldner zu ermöglichen, Löhne und Gehälter zu zahlen oder neue Waren oder Rohstoffe zu erwerben, die dann ebenfalls dem Gläubiger zugeordnet werden. Das gilt auch für die neu geschaffenen Gegenstände. Es gelangen also für die übereigneten gerade keine neuen, die Befriedigung der Altgläubiger im Notfall ermöglichen-

den Vollstreckungsobjekte in das Schuldnervermögen, die allein für die Altgläubiger wichtig sind und derentwegen sie den Schuldner für kreditwürdig halten.

Dagegen ist der Ansicht zuzustimmen, daß eine Übersicherung unerheblich ist, denn einmal steht der Überschuß allen ungesicherten Gläubigern zur Verfügung, und zum anderen, das wurde schon erwähnt, ist eine Täuschung und ein daraus folgender Schaden nur möglich, wenn für die Befriedigung der übrigen Gläubiger nicht mehr genügend freies Vermögen vorhanden ist. Entscheidend ist also lediglich der Prozentsatz des freien Vermögens.

Die Ansicht, daß ein jeder Gläubiger eine Verschlechterung der Lage seines Schuldners selbst zu tragen habe, ist grundsätzlich richtig. Aber bei den Neugläubigern ist die Ursache des Schadens nicht die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners, sondern die schon bei der Kredithingabe bestehende Kreditunwürdigkeit des Schuldners, die auf der wegen der nichtbestehenden Offenbarungspflicht auch nicht erkennbaren SÜ beruht.

Auf die von Westermann gemachten Einschränkungen, die besonders naheliegende Schädigung der Altgläubiger bei nachträglicher Sicherung eines größe-

ren Kredites oder der Neugläubiger bei der Verschleppung eines Konkurses, wurde schon hingewiesen.

c) Wegen der Täuschung und der darauf beruhenden Schädigung der ungesicherten Gläubiger durch einen Sicherungsvertrag mit umfassender Über-eignung ist schon dessen Inhalt, nicht erst der auch die Zwecke und Beweggründe der Parteien berücksichtigende Gesamtcharakter, objektiv sittenwidrig. Denn der Inhalt eines derartigen Vertrages verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ¹⁾, da er jede Rücksichtnahme auf das Zusammenleben der Menschen vermissen läßt ²⁾. Die Zwecke und Motive der Parteien, also die subjektiven Momente, sind bei der Feststellung, ob der Vertrag objektiv sittenwidrig ist, nicht erforderlich. Die Einstellung der Vertragspartner ist vielmehr bei der Prüfung der subjektiven Voraussetzungen des § 138 zu berücksichtigen. Von den Zwecken und Beweggründen wird es in der Hauptsache abhängen, ob die Handelnden neben der Kenntnis der das Geschäft unsittlich machenden Umstände auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit hatten.

1) BGH 10/233.

2) Westermann, aaO, S. 33 u. 34.

2. a) Erste subjektive Voraussetzung für eine Nichtigkeit des Geschäftes wegen Sittenwidrigkeit infolge Gläubigergefährdung ist, da sich das anstößige Tun gegen Dritte richtet, daß beide Parteien in Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis der die Unzulässigkeit des Vertrages begründenden Umstände gehandelt haben. Diese, die objektive Sittenwidrigkeit des Inhaltes des Sicherungsvertrages bewirkenden Tatsachen sind bei der Gläubigergefährdung einmal die Täuschung der ungesicherten Gläubiger, der alten wie der neuen, über die Kreditwürdigkeit des Schuldners und zum anderen der daraus möglicherweise entstehende Schaden für diese Gläubiger.

Die Möglichkeit der Täuschung und der daraus entstehenden Schädigung anderer Gläubiger müßten also beide, Schuldner wie gesicherter Gläubiger, beim Abschluß des Sicherungsvertrages mit umfassender Übereignung erkannt oder grobfahrlässig nicht erkannt haben ¹⁾.

In vielen Fällen wird sich nun der Gläubiger darauf berufen wollen, daß er nicht gewußt habe, daß die ihm sicherungsweise übertragenen Gegenstände im wesentlichen das ganze, dem Schuldner bis dahin noch verbliebene freie Vermögen darstellten und daß ihm folglich unbekannt gewesen sei, daß die anderen Gläubiger durch die

1) BGH 10/228 (233); NJW 1955/1272.

Sü getäuscht und geschädigt werden könnten. Es kommt also darauf an festzustellen, wann dem Gläubiger grobfahrlässige Unkenntnis dieser Umstände vorgeworfen werden kann.

Schlosser ¹⁾ will als Indiz für eine evtl. grobe Fahrlässigkeit ansehen, auf welche Art und in welchem Umfang der Gläubiger der seiner Meinung nach für diesen bestehenden Prüfungspflicht nachgekommen ist. Denn das Unterlassen einer Prüfung bei der Übernahme umfangreicher Sicherungen zeige die Gleichgültigkeit des Gläubigers gegenüber einer Täuschung und Schädigung Dritter. Diese Abgrenzung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn man, wie Schlosser, der Meinung ist, daß für den Gläubiger eine solche Pflicht überhaupt besteht.

Das ist jedoch, wie Westermann mit eingehender Begründung nachweist ²⁾, im Gegensatz zu der h. A. in der Rechtsprechung ³⁾ nicht der Fall.

Eine Prüfungspflicht ist ebensowenig zu begründen wie eine Offenbarungspflicht, und das zu dieser Gesagte gilt für die Prüfungspflicht entspre-

1) aaO, S. 52.

2) aaO, S. 38.

3) RG 136/293 (298); BGH 10/228;
NJW 1955/1272; 1956/417 (418).

chend 1).

Insbesondere, darauf sei hier noch einmal hingewiesen, kann eine Pflicht zur Prüfung nicht, wie Schlosser meint ²⁾, aus vorangegangenen gefährdenden Tun, das er in dem Abschluß des Sicherungsvertrages sieht, hergeleitet werden. Dieser Grundsatz gilt nur dann, wenn jemand wegen einer unterlassenen, aber von ihm wegen seines vorangegangenen Verhaltens zu erwartenden Handlung haften soll. Das kann bei § 826 entscheidend sein, bei § 138 dagegen gilt der Grundsatz nicht, da § 138 nicht die Haftung für eine Rechtsgutverletzung regelt. Diese Bestimmung spricht eine Haftung des sittenwidrig Handelnden nicht aus.

Eine Prüfungspflicht besteht für den Gläubiger also nicht. Die Art und der Umfang ihrer Erfüllung kann daher auch nicht als Indiz für eine evtl. grobe Fahrlässigkeit des Gläubigers verwandt werden.

Die Frage, ob ein grobfahrlässiges Handeln vorliegt, kann deshalb nur auf Grund der Umstände des einzelnen Falles entschieden werden, wobei der Umfang des übereigneten Schuldnervermögens entscheidend sein muß. Dabei kann eine grobe Fahrlässigkeit des Gläubigers umso eher angenommen werden, je größer die übernommenen Sicherheiten

1) Westermann, aaO, S. 38.

2) aaO, S. 47.

und desto kleiner das dem Schuldner für die Befriedigung der anderen Gläubiger verbliebene Vermögen ist, da mit dem Wachsen der eigenen Sicherung die Befriedigungsmöglichkeiten der anderen abnehmen.

b) Wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt wurde, reicht aber die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit des Geschäfts begründenden Umstände allein als einzige subjektive Voraussetzung nicht aus, das Geschäft damit wegen eines Sittenverstoßes nichtig zu machen. Als zweite subjektive Voraussetzung muß vielmehr das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit bei dem oder den Handelnden hinzukommen, d. h. der unsittlich Handelnde muß aus den ihm bekannten Umständen auch den Gedankenschluß gezogen haben, daß der Vertrag eben wegen dieser Umstände unzulässig sei.

aa) Zunächst fragt sich, ob der Gläubiger das Bewußtsein sittenwidrigen Handelns schon in den Fällen gehabt hat, in denen er sich ohne besondere Zwecke und Motive, wie etwa der Sanierung, sondern einzig und allein zum Zwecke der Sicherung umfangreiche Vermögenswerte bei der Kredithingabe hat übertragen lassen. Es handelt sich hierbei sozusagen um die normalen Kreditgeschäfte, durch die weder der Zweck der Sanierung eines gefährdeten Schuldners noch die Sicherung eines früheren Kredites noch die Hin-

auszögerung des Konkurses des Schuldners zwecks Rettung der Sicherung für einen eigenen Kredit über die Anfechtungsfrist verfolgt wird.

Bei diesen die Regel bildenden Krediten hat der Gläubiger berechtigterweise den Gedankenschluß auf die Sittenwidrigkeit des Sicherungsvertrages ohne grobe Fahrlässigkeit deshalb nicht gezogen, weil er einen billigen Zweck verfolgte. Denn in diesen Fällen, in denen durch eine umfassende Sicherungsübereignung einzig und allein ohne weitere subjektive Beweggründe ein hingegebener Kredit gesichert werden soll, hat sich der Gläubiger gesagt, daß Sicherung als solche weder anstößig noch ungesund ist ¹⁾, und daß es auch keineswegs unanständig ist, künftige Ansprüche zu sichern, und zwar selbst dann nicht, wenn das in der Form der SÜ geschieht ²⁾. Wegen des Zweckes und Beweggrundes, der Sicherung seines Kredites, hat der Gläubiger berechtigterweise ohne grobe Fahrlässigkeit unterlassen, aus den ihm bekannten, die objektive Unsittlichkeit des Sicherungsvertrages wegen Gläubigergefährdung begründenden Umständen den Gedankenschluß auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages zu ziehen. Und zwar berechtigterweise aus dem Grunde, weil der durch den Abschluß des Sicherungs-

1) Westermann, aaO, S. 11; ähnlich auch Lange, NJW 1950/568.

2) Westermann, aaO, S. 32-33.

vertrages verfolgte Zweck anzuerkennen ist.

Dem Gläubiger brauchen auch deshalb keine Zweifel an der Berechtigung der Verfolgung seiner Zwecke gekommen sein, daß die Sicherungsübereignung möglicherweise zu einer Schädigung Dritter, eben der anderen Gläubiger führt, da das Erwerbsleben nicht ohne Kampf denkbar ist und das Streben nach eigenen Vorteilen selbst dann erlaubt ist, wenn es mit Nachteilen für andere verbunden ist ¹⁾.

Es ist also festzustellen, daß dem Gläubiger in den Fällen, in denen er durch die umfassende Sicherungsübereignung einzig und allein die Sicherung seines hingegebenen Kredites bezweckt, das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit des Sicherungsvertrages ohne grobe Fahrlässigkeit nicht hatte. Damit verfallen diese Verträge, da die subjektiven Voraussetzungen des § 138 nicht erfüllt sind, auch nicht der Nichtigkeit wegen eines Sittenverstoßes.

bb) Es fragt sich aber, ob dem Gläubiger das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit auch dann fehlt, wenn er durch die Hergabe des durch umfassende Übereignungen gesicherten Kredites die Sanierung des Schuldners bezweckt.

Auch dieser Zweck, der über die bloße Sicherung eines üblichen Kredites hinausgeht, ist anzuerkennen. Denn eine

1) Westermann, aaO, S. 33, der dafür RG 128/97 anführt.

erfolgreiche Sanierung kommt neben dem Gläubiger auch dem Schuldner und insbesondere auch den ungesicherten Gläubigern zugute, von anderen günstigen Folgen ganz abgesehen. Eine Schädigung dieser Gläubiger entsteht nur dann, wenn die Sanierung fehlschlägt.

Auszugehen ist davon, daß der Gläubiger bei der Hergabe eines nach der Meinung der Parteien für die Sanierung ausreichenden Kredites an deren Erfolg fest glaubt. Anderenfalls wäre sein Verhalten widersprüchlich. Da der Gläubiger einen berechtigten Zweck verfolgt und dessen Erreichung für sicher hält, hat er folglich nicht das Bewußtsein sittenwidrigen Handelns.

Das kann aber dann auf grober Fahrlässigkeit beruhen, wenn er das Fehlschlagen der Sanierung wegen der Umstände des betreffenden Falles grobfahrlässig nicht erkannt hat. Wann das der Fall ist, muß nach den Umständen des jeweiligen Falles festgestellt werden. Als Indiz für eine Fahrlässigkeit kann nicht, wie schon erwähnt, Art und Umfang der Erfüllung der dem Gläubiger angeblich obliegenden Prüfungspflicht herangezogen werden ¹⁾, da diese in Wahrheit nicht besteht. Grobe Fahrlässigkeit wird in der Regel also nur dann festzustellen sein, wenn die wirtschaftliche Lage des Schuldners dermaßen ungünstig war, daß sich dem Gläubiger ein Fehlschlagen der Sanie-

1) So Schlosser, aaO, S. 52, und die Rechtsprechung.

rung schlechterdings aufdrängen mußte. Es kann also festgestellt werden, daß eine beabsichtigte Sanierung grundsätzlich dazu führt, daß der Gläubiger wegen dieses anerkennenswerten Zweckes selbst bei umfassender Über-eignung den Schluß auf die Sittenwidrigkeit des Sicherungsvertrages berechtigerweise nicht gezogen hat, daß aber das Fehlen dieses Bewußtseins dann auf grober Fahrlässigkeit beruht, wenn er sich leichtfertig der völligen Aussichtslosigkeit der Erreichung dieses Zweckes verschließt.

Die Sicherungsübereignung ist also in diesen Fällen nur dann wegen Sittenwidrigkeit nichtig, wenn der Gläubiger grobfahrlässig die Erfolgsaussichten der Sanierung verkennt. Zur Bejahung grober Fahrlässigkeit reicht das Unterlassen einer Prüfung nicht aus.

cc) In den Fällen aber, in denen ein größerer ungesicherter Kredit nachträglich, meist bei Hingabe eines neuen kleineren ¹⁾, durch umfassende Übereignungen gesichert wird, muß der Gläubiger aus den ihm bekannten Umständen des Geschäftes auch den Schluß auf die Sittenwidrigkeit gezogen haben, und es beruht generell auf grober Fahrlässigkeit, wenn er es unterlassen hat ²⁾. Der Zweck eines derartigen Si-

1) Westermann, aaO, S. 32.

2) Ausgenommen, wenn der übliche Satz des Blankobankkredites überschritten wird und nunmehr der ganze Kredit sicherungsbedürftig wird, Westermann, aaO, Anm. 84.

cherungsvertrages, die nachträgliche Sicherung, kann nicht anerkannt werden, und bei Anwendung auch nur der geringsten Sorgfalt hätte der Gläubiger das erkennen können. In diesen Fällen ist nämlich der Zweck nicht die gewöhnliche Sicherung eines Kredites bei dessen Hingabe, sondern die Schaffung eines Vorrechtes vor den Forderungen der übrigen Altgläubiger. Diese werden mit ihren gleich alten Forderungen zurückgedrängt, und das vom späteren gesicherten Gläubiger eingegangene Risiko wird auf Kosten der anderen verkürzt ¹⁾. Hierdurch wird die Lage der Altgläubiger wesentlich verschlechtert. Dieser Zweck, die Verkürzung des eigenen Risikos, ist mit einem gesunden Erwerbsstreben nicht mehr zu rechtfertigen, vielmehr ist dieses unerträglich gesteigert und läßt jede Rücksichtnahme auf das Zusammenleben der Menschen vermissen ²⁾. Er kann also nicht gebilligt werden, und das hätte der Gläubiger auch bei nur einiger Aufmerksamkeit erkennen müssen. Das zeigt sich auch darin, daß häufig bei der Sicherung des alten Kredites ein neuer kleinerer gegeben wird, damit der Schuldner nicht während der Anfechtungsfrist für die nachträgliche Sicherung zusammenbricht.

Es ist also davon auszugehen, daß der Gläubiger bei nachträglicher Siche-

1) Westermann, aaO, S. 32 u. 38.

2) Westermann, aaO, S. 33.

rung eines Kredites auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit hatte. Wenn er sich dennoch darauf beruft, dieses wegen des von ihm für berechtigt gehaltenen Zweckes nicht besessen zu haben, ist ihm generell der Vorwurf zu machen, daß er selbst bei geringer Sorgfalt die Anstößigkeit des von ihm durch die nachträgliche Sicherung verfolgten Zweckes hätte erkennen müssen.

Die nachträgliche Sicherung erfüllt also in jedem Fall die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 138 und ist deshalb nichtig.

dd) Das gleiche muß gelten, wenn der Gläubiger einem konkursreifen Schuldner noch einen gesicherten Kredit gewährt, der nur ein Dahinvegetieren des Schuldners ermöglichen soll und der den Zweck hat, den Konkurs des Schuldners hinauszuschieben. Und zwar entweder, um die Frist für die Anfechtung der Sicherung eines früher gegebenen und gesicherten Kredites zu überstehen, oder um neue Gläubiger zur Kreditvergabe zu veranlassen ¹⁾.

Ein derartiger Zweck ist ebenfalls unanständig, da er das gesunde Erwerbsstreben übersteigt und jede Rücksicht auf Dritte vermissen läßt. Konkursreife Unternehmen sollen möglichst bald aus dem Wirtschaftsleben ausgeschaltet werden ²⁾, um eine Gefährdung anderer zu verhindern. Eine Vereitelung

1) RG 136/247 (253), allerdings für § 826.

2) Westermann, aaO, S. 38.

dieser Funktion des Konkurses ist nicht zu billigen. Darüber hinaus ist die Täuschung und Gefährdung von Neugläubigern in diesem Fall schon so stark, daß möglicherweise die Grenze zum Kreditbetrug mit der Folge der Haftung aus § 826 überschritten wird. Die von dem Gläubiger durch ein Hinausschieben des Konkurses verfolgten Zwecke und Motive sind folglich nicht zu rechtfertigen, und das hätte er bei einiger Aufmerksamkeit erkennen müssen. Beim Abschluß des Sicherungsvertrages muß er also das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit gehabt haben und dessen Fehlen beruht grundsätzlich auf grober Fahrlässigkeit.

Auch die umfassende Sicherungsübereignung, durch die die Hinauszögerung des Konkurses bezweckt wird, erfüllt also die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 138 und ist deshalb wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

IV. Die Rechtsfolgen der sittenwidrigen Sicherungsübereignung.

Die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit eines Geschäftes ist nach § 138 grundsätzlich dessen totale Nichtigkeit als Folge des Straf- und Abschreckungszweckes dieser Bestimmung.

1. Bei der SÜ ergibt sich damit die Frage, welches Geschäft sittenwidrig und damit nichtig ist, das Verpflichtungsgeschäft, also die Sicherungsab-

rede, oder das Erfüllungsgeschäft, die Übereignung bzw. Abtretung, oder ob gar beide Geschäfte der Nichtigkeit anheimfallen.

Die Rechtsprechung ¹⁾ und ein Teil des Schrifttums ²⁾ sind der Meinung, daß zwar die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes regelmäßig nicht nach sich ziehe, daß aber bei der SÜ beide Geschäfte unsittlich und damit nichtig seien. Die durch das Grundgeschäft eingeleitete Knebelung des Schuldners oder Gefährdung anderer Gläubiger werde durch das Verfügungsgeschäft verstärkt und mache damit Übereignung bzw. Abtretung selbst sittenwidrig.

Dem ist zu folgen. Die Meinung Schlossers ³⁾, daß die unzulässige Knebelung nur durch die schuldrechtlichen Vereinbarungen bewirkt werde und daher nur diese sittenwidrig und nichtig seien, nicht dagegen das Erfüllungsgeschäft, geht fehl. Er verkennt, daß gerade die Übereignung und Abtretung die Knebelung bewirken, wenn Beschränkungen der sich hieraus für den Gläubiger

1) RG 109/201 (202); BGH NJW 1952/1170; 1956/337.

2) RGRK-Johannsen, § 930 Anm. 66; Schlegelberger-Hefermehl, § 368 Anm. 70; Zahn, Grenzen der Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung, S. 16; Serick, Bd. I, § 4 II 6a.

3) aaO, S. 29; mit Einschränkungen auch Wolff-Raiser, § 180 V 1.

ergebenden Rechte nicht vereinbart sind. Denn durch die Übereignung erwirbt der Gläubiger mit dem Eigentum das Recht, jederzeit Herausgabe verlangen zu können, und durch die Abtretung wird er befugt, die Forderung jederzeit einzuziehen und den Erlös zu behalten. Bei der sittenwidrigen Knebelung wird dieses durch die Abtretung der Forderung erworbene Recht des Gläubigers lediglich dahin eingeschränkt, daß der Schuldner die Forderung einzuziehen darf, aber den Erlös abführen muß. Bei der Gläubigergefährdung ist es gerade die Änderung der dinglichen Zuordnung, was Schlosser hier auch nicht verkennt ¹⁾, die die ungesicherten Gläubiger täuscht und schädigt.

In beiden Fällen enthält der obligatorische Sicherungsvertrag die Verpflichtung zur knebelnden und gläubigergefährdenden Übereignung und Abtretung und ist deshalb selbst unsittlich.

Bei der sittenwidrigen SÜ sind also sowohl das Verpflichtungsgeschäft, die Sicherungsabrede, als auch das Erfüllungsgeschäft, die Abtretung bzw. Übereignung selbst sittenwidrig und damit nichtig.

1) aaO, S. 53.

2. Eine andere Frage ist, ob gem. § 139 ein zulässiger Rest der SÜ aufrechterhalten werden kann. Dann dürfte nur ein Teil nichtig sein und die Parteien müßten das Geschäft auch ohne diesen nichtigen Teil vorgenommen haben.

Die Rechtsprechung ¹⁾ ist der Meinung, daß diese Voraussetzungen bei der SÜ grundsätzlich nicht vorliegen. Die Möglichkeit einer bloßen Teilnichtigkeit wird deshalb in aller Regel auch nicht untersucht. Das Schrifttum ²⁾ nimmt an, daß in der Regel eine bloße Teilnichtigkeit vorliege.

Hier sollen nur noch die Fälle untersucht werden, bei denen im Vorhergehenden Sittenwidrigkeit festgestellt wurde. Diese Fälle konnten wegen der Forderung nach einer zusätzlichen subjektiven Voraussetzung für § 138 z. T. abweichend von der Literatur und Rechtsprechung wesentlich eingeschränkt werden.

a) Voraussetzung für § 139 ist zunächst die Teilbarkeit des Geschäftes in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil. Bei der Knebelung war das Unsittliche in der Verpflichtung zur

1) Statt aller: RG 165/15.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 190 III 3 mit weit. Lit. in Fußn. 48 u. 50; Westermann, aaO, S. 12 bezüglich der Knebelung m. weit. Lit. in Anm. 23; Serick, Bd. I, § 4 II 6 b.

Abführung der Erlöse gesehen worden. Diese Klausel könnte als Teil der Sicherungsabrede angesehen werden, da diese auch bei Fehlen dieser Bestimmung als möglich erscheint. Die Befugnis zur Einziehung der Erlöse bliebe Teil des zulässigen Restgeschäftes.

Im Falle der Gläubigergefährdung ist die umfassende Zuordnungsänderung das Anstößige. Die Übereignung kann aber wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes des Sachenrechtes ¹⁾ nicht im Umfang verringert und das Geschäft damit nicht geteilt werden. Mangels Teilbarkeit des Geschäftes ist die Aufrechterhaltung eines zulässigen Restes der wegen Gläubigergefährdung sittenwidrigen SÜ deshalb gem. § 139 schon nicht möglich.

b) Bei der unzulässigen Knebelung, die sich in eine unsittliche Klausel und einen zulässigen Rest aufteilen läßt, bleibt zu untersuchen, ob die Parteien im konkreten Fall im Zeitpunkt des Abschlusses der Sicherungsabrede den eingeschränkten Vertrag der vollen Nichtigkeit vorgezogen hätten ²⁾. Da im Vorhergehenden eine Knebelung nur bei der Verpflichtung zur Abführung der Erlöse angenommen wurde, muß dieses generell verneint werden. Diese Klausel sollte über eine übliche Si-

1) Ausführlich bei Westermann, Sachenrecht, § 3 II.

2) Westermann, aaO, S. 13; Lange, NJW 1950/568 Anm. 29 mit einer Formulierung, die genauer lauten müßte: Wäre dem Gläubiger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der reduzierte Vertrag immer noch lieber gewesen als der nichtige?

cherung des Gläubigers hinausgehend schon vor dem Notfall des Zusammenbruches des Schuldners der Befriedigung des Gläubigers dienen. Dieser Zweck wird nicht erreicht, wenn die Pflicht zur Ablieferung der eingehenden Gelder entfällt. Daß der Gläubiger einen Vertrag geschlossen hätte, mit dem er seinen erstrebten Zweck nicht erreichen konnte, kann nicht angenommen werden.

Wegen des fehlenden, auf die Gültigkeit des zulässigen Teiles des Geschäftes gerichteten Gläubigerwillens ist folglich auch bei der unzulässigen Knebelung die Aufrechterhaltung eines sittengemäßen Restes der SÜ nicht möglich.

3. Schließlich bleibt noch zu erwägen, ob die unzulässige SÜ evtl. nach Einschränkungen gem. § 140 aufrechterhalten werden kann.

Westermann ¹⁾ hält das im Gegensatz zur h. M. - die Rechtsprechung hat die Anwendbarkeit des § 140 bei der SÜ noch in keinem Fall erkennbar geprüft - bei der unsittlichen Knebelung für u. U. möglich. Eine eingehende Untersuchung dieser Frage ist jedoch wegen ihres erheblichen Umfanges im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich.

1) aaO, Anm. 22, Erman-Westermann, § 138 Anm. 4, auch Brasch, aaO, S. 52 ff.

Wenn aber, wie im Vorhergehenden geschehen, die unzulässige SÜ wegen der Forderung nach dem Bewußtsein der Sittenwidrigkeit auf die Fälle eingeschränkt wird, in denen der Schuldner die gesamten

Erlöse abführen muß, der Gläubiger grobfahrlässig den sicheren Mißerfolg einer Sanierung nicht erkennt, nachträglich ein Kredit gesichert wird oder ein Konkurs zum eigenen Vorteil hinausgeschoben werden soll, fehlt es jedenfalls an dem für die Gültigkeit des eingeschränkten Vertrages notwendigen hypothetischen Parteiwillen. In diesen Fällen hätte der Gläubiger den eingeschränkten Vertrag nicht gewollt, da er mit ihm seine Zwecke nicht erreicht hätte. Für sie ist, wie Westermann ¹⁾ sagt, die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages die passende Rechtsfolge. Der Gläubiger hat sich gegenüber den ungesicherten Gläubigern unanständig verhalten, bei der Knebelung insofern, als sie der Schuldner aus den Erlösen nicht befriedigen konnte. Der § 138 soll die Interessen aller schützen und deshalb die Nichtigkeit allen zugutekommen.

1) aaO, S. 39.

3. Teil: Die Ermäßigung der Sicherungs-
übereignung durch § 242.

Wie im ersten Teil der Arbeit näher begründet wurde, ist die zu einer Ermäßigung führende Anwendung des § 242 auf die wegen Sittenwidrigkeit nichtige SÜ wegen fehlender Rechtsbeziehung nicht mehr möglich. Wie aber weiter festgestellt werden konnte, sind jedoch die Fälle der SÜ, die mangels objektiver oder subjektiver Voraussetzungen nicht wegen Unsittlichkeit der Nichtigkeit verfallen und die gleichwohl zu Bedenken Anlaß geben, gem. § 242 auf einen evtl. Treuerverstoß zu prüfen, und das selbst dann, wenn schon die objektiven Voraussetzungen des § 138 nicht vorliegen. Ein Treuerverstoß ist wegen seiner geringeren Anforderungen ¹⁾ auch dann noch möglich, wenn ein objektiver Sittenverstoß abgelehnt wurde.

I. Die Ermäßigung in den Fällen
der Schuldnerknebelung.

- 35) 1. Eine wegen Sittenwidrigkeit zur Nichtigkeit führende Schuldnerknebelung war im Falle der Verpflichtung des Schuldners zur Abführung der gesamten Erlöse an den Gläubiger bejaht worden. Die SÜ mit einer derartigen Klausel scheidet daher für eine evtl. Einschränkung gem. § 242 aus. In den übrigen Fällen stellt der Sicherungs-

1) RGRK-Nastelski, § 242 Anm. 8.

vertrag die für § 242 notwendige Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner dar.

2. a) Eine treuwidrige Knebelung des Schuldners durch den Gläubiger könnte schon allein durch die Übereignung des wesentlichen Teiles des Schuldnervermögens eintreten. Im Vorhergehenden wurde hierin eine objektiv sittenwidrige Knebelung im Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH und mit der überwiegenden Meinung in der Literatur nicht gesehen. Es muß aber auch abgelehnt werden, hierin einen Treuerverstoß des Gläubigers zu erblicken. Denn durch den Übergang des Eigentums auf den Gläubiger wird der Schuldner in seiner wirtschaftlichen Betätigung in seinem Unternehmen dann nicht gehindert, wenn er infolge entsprechender Ermächtigungen über die sicherungshalber übereigneten Sachen verfügen und die abgetretenen Forderungen einziehen und den Erlös nach seinem eigenen Willen verwenden darf.

b) aa) Ebenso wie für eine sittenwidrige Knebelung müssen die schuldrechtlichen Bindungen auch für eine treuwidrige Knebelung entscheidend sein. Ein Treuerverstoß des Gläubigers könnte folglich in seiner Berechtigung bestehen, jederzeit die Herausgabe der bei dem Schuldner verbliebenen Sachen verlangen zu können. Eine derartige

Klausel hält die Rechtsprechung ¹⁾, wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt, sogar für objektiv sittenwidrig ²⁾, denn der Gläubiger könne dem Unternehmen des Schuldners mit einem Schlage das gesamte Umlaufvermögen entziehen und es dadurch zum Erliegen bringen. Da der Gläubiger den gleichen Erfolg aber auch durch Vollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels herbeiführen kann, konnte dieser Ansicht im Anschluß an Westermann ³⁾ und Barkhausen ⁴⁾ nicht gefolgt werden.

Das Recht des Gläubigers, jederzeit die Herausgabe des Sicherungsgutes verlangen zu können, verstößt zwar nicht gegen die guten Sitten, es überschreitet aber wegen seiner Unbeschränktheit die Schranke von Treu und Glauben. Seine Grundlage hat dieses Recht des Gläubigers nicht in dessen Sicherungseigentum, denn dann hätten es die Parteien nicht besonders hervorzuheben brauchen, und die Ausübung des nur zur Sicherheit erhaltenen Eigentums wird ja gerade durch seinen speziellen Zweck so weit eingeschränkt, als nicht

1) Am ausführlichsten im sog. Pektin-Urteil, BGH NJW 1952/1169.

2) Der BGH kommt in NJW 1962/102 im entschiedenen Fall allerdings durch Auslegung zum Ergebnis, daß die Parteien ein unbeschränktes Herausgaberecht nicht gewollt haben.

3) aaO, S. 11.

4) NJW 1953/1413.

jederzeit, sondern nur nach dem Eintritt des Sicherungsfalles die Herausgabe verlangt werden kann. Das Recht auf jederzeitige Herausgabe wird also durch eine im Sicherungsvertrag enthaltene Parteivereinbarung begründet. Damit ist es nur bis zu der Schranke des § 242 entstanden, folglich nur soweit, wie redlich und anständig denkende Menschen unter gleichen Umständen ¹⁾ ihren Vertragspartner gebunden hätten. Diese hätten nicht ganz auf die Klausel verzichtet, da sie in gewissem Umfang wegen der Kurzfristigkeit der Bankkredite ²⁾ erforderlich ist. Sie hätten sich aber, und dafür sind die Umstände des einzelnen Falles von ausschlaggebender Bedeutung, dieses Recht möglicherweise nur für den Fall einräumen lassen, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen in einem nicht ganz unerheblichen Umfange nicht nachkommt. Auch mit einer derartig ermäßigten Klausel würde der erstrebte Zweck der Sicherung erreicht. Das so ermäßigte Recht auf Herausgabe müßte als Treu und Glauben entsprechend angesehen werden. Damit ist es wegen der Wirkung des § 242 als Schranke der Vertragsfreiheit, die im ersten Teil näher begründet wurde, durch die Abmachung der Parteien auch nur so weit entstanden.

1) Erman, § 242 Anm. I 2.

2) Westermann, aaO, S. 11; Barkhausen, NJW 1953/1413.

Dieses Ergebnis entspricht der Rechtsprechung ¹⁾ des RG und des BGH zu den sog. Bierlieferungsverträgen, nach der bestimmte Rechte nur geltend gemacht werden können, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen in einigem Umfang nicht nachkommt.

Zu dem gleichen Ergebnis wie dem hier vertretenen kommt der BGH in einer neueren Entscheidung ²⁾ durch Auslegung.

Auch Staudinger-Weber ³⁾ kommen zu diesem Ergebnis. Sie meinen, in manchen Fällen übermäßiger Bindungen sei es nicht immer gerechtfertigt, das ganze Geschäft deswegen hinfällig sein zu lassen, sondern nur den übermäßigen Teil. Sie sprechen nicht von Ermäßigung, sondern von Anpassung. Im Ergebnis ebenso Lehmann ⁴⁾, Enneccerus-Nipperdey ⁵⁾, Larenz ⁶⁾ und v. Tuhr ⁷⁾.

Für das Recht des Gläubigers auf jederzeitigen Widerruf der dem Schuldner eingeräumten Verfügungsermächtigungen

1) RG 152/253; DR 1941/1456; BGH MDR 1952/222 = JZ 1952/366.

2) NJW 1962/102.

3) § 242 B 353.

4) Allgem. Teil, I. Bd., § 29 IV 4.

5) Allgem. Teil, § 191 III 3.

6) Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 90.

7) Allgem. Teil, II. Bd., 2. Teil, S. 39.

bezüglich der sicherungsübereigneten Waren und Rohstoffe und der abgetretenen Forderungen kann nichts anderes gelten.

Dieses Recht des Gläubigers hat ebenfalls seinen Grund in den im Sicherungsvertrag getroffenen Parteivereinbarungen und es überschreitet gleichfalls die durch § 242 errichtete Schranke der Vertragsfreiheit. Ein redlich und anständig denkender Gläubiger ¹⁾ hätte unter den gleichen Umständen möglicherweise nicht ganz auf das Recht verzichtet, es sich aber jedenfalls nur mit der Einschränkung einräumen lassen, daß der Schuldner seinen Pflichten in einigem Umfang nicht nachkommt. Damit ist, wobei noch einmal darauf hingewiesen werden soll, daß die Umstände des jeweiligen Falles hierfür hauptsächlich entscheidend sind, auch die Berechtigung zum jederzeitigen Widerruf der gegebenen Ermächtigungen dahin zu ermäßigen, daß der Gläubiger zum Widerruf nur dann befugt sein soll, wenn der Schuldner seine Pflichten in nicht ganz unbedeutendem Umfang nicht erfüllt. Die in dieser Weise ermäßigte Berechtigung würde die Schranke von Treu und Glauben nicht überschreiten. Dann ist sie auch nur so weit wirklich entstanden, im übrigen besteht sie nur dem Scheine nach.

1) Erman, § 242 Anm. I 2.

Auch dieses Ergebnis entspricht der Meinung eines Teiles der Literatur und dem Ergebnis der Rechtsprechung zu den sog. Bierlieferungsverträgen.

bb) Eine andere schuldrechtliche Bindung des Schuldners, die Verpflichtung zur ausschließlichen Verwendung der eingehenden Erlöse für den Erwerb neuer, in das Sicherungslager einzubringender Waren und Rohstoffe, ist im Vorhergehenden wegen Knebelung für objektiv sittenwidrig erklärt worden. Das führte allerdings nicht zur Nichtigkeit der Sicherungsübereignung, da das Vorhandensein des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit abgelehnt wurde. Da ein objektiver Sittenverstoß aber in jedem Falle einen Treuverstoß einschließt ¹⁾, da für diesen eine geringere Schwere ausreicht, überschreitet eine Bindung bezüglich der Verwendung der eingehenden Erlöse auch den Treugrundsatz und ist folglich einzuschränken. Es gilt also, die Schranke des § 242 in einem derartigen Falle zu bestimmen.

Die Klausel ist einmal deshalb für objektiv unsittlich angesehen worden, weil sie dem Schuldner die Möglichkeit nimmt, über die eingehenden Gelder frei zu bestimmen. Er muß neue Waren oder Rohstoffe erwerben, obwohl es unternehmerisch richtiger sein kann, z. B. Gläubiger zu befriedigen, den

1) RGRK-Nastelski, § 242 Anm. 8;
Staudinger-Weber, § 242 Anm. 138;
Erman, § 242 Anm. I 4 c.

Betrieb zu modernisieren oder die Kapazität oder den Geschäftsumfang zu erweitern. Auch bleiben ihm keine Mittel zur Bestreitung der sonstigen Betriebsausgaben, wie insbesondere der Löhne und Gehälter. Schließlich war die Klausel deshalb für objektiv anstößig angesehen worden, weil der in den Erlösen steckende Unternehmergewinn die Sicherung des Gläubigers ständig erhöht, von dem Fall einer zunächst unzureichenden Sicherung abgesehen.

Diese Nachteile für den Schuldner würden nicht erst dann entfallen, wenn die Wirkung der Klausel ganz beseitigt, sondern schon dann, wenn sie dahin ermäßigt würde, daß der Schuldner nur für einen bestimmten Prozentsatz neue, in das Sicherungslager einzubringende Waren erwerben müßte. Ein redlich und anständig denkender Gläubiger hätte seinen Schuldner unter den gleichen Umständen deshalb nur bis zu einem bestimmten Prozentsatz gebunden, denn schon dadurch wäre sichergestellt, daß dem Gläubiger seine Sicherheit stets in gleicher Höhe erhalten bleibt und damit der Zweck der Sicherung erreicht wird. Auf der anderen Seite erhält der Schuldner die Möglichkeit, mit dem freien Teil der Erlöse seine sonstigen Betriebsausgaben zu bestreiten. Da die Pflicht des Schuldners, die Erlöse nur für neue Waren zu verwenden, durch eine Vereinbarung

im Sicherungsvertrag begründet wird, ist sie folglich wegen der Schranke des § 242 nur so weit wirklich entstanden, daß der Schuldner lediglich einen bestimmten Prozentsatz der eingehenden Gelder entsprechend verwenden muß. Im übrigen besteht diese Verpflichtung nur dem Scheine nach.

Wie hoch dieser Prozentsatz zahlenmäßig sein muß, kann abstrakt nicht bestimmt werden, sondern nur nach den Umständen des jeweiligen Falles, weil der in den erlösten Geldern enthaltene Anteil für Rohstoffe, Löhne und sonstige Kosten und auch der erzielte Gewinn bei den einzelnen Unternehmen verschiedenen groß ist. Da aber in jedem zu entscheidenden Fall die einzelnen Anteile bestimmbar sind, kann damit auch entschieden werden, wie hoch der Prozentsatz sein muß, um für die aus dem Sicherungsgut ausgeschiedenen Gegenstände gleichwertigen Ersatz zu schaffen, um so den Zweck des Vertrages, der für die Ermäßigung hauptsächlich entscheidend ist ¹⁾, zu erreichen.

Dieses Ergebnis wird auch in der Literatur, zwar z. T. auf anderen Wegen, allgemein angestrebt ²⁾, insbe-

1) Staudinger-Weber, § 242 B 549.

2) Staudinger-Weber, § 242 B 353; Lehmann, Allgem. Teil, § 29 IV 4; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 191 III 3; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 90; v. Tuhr, Allgem. Teil, II. Bd., 2. Teil, S. 39.

sondere von Westermann ¹⁾. Teilweise geschieht das unter dem Hinweis auf das entsprechende Ergebnis der Rechtsprechung des RG und des BGH zu den sog. Bierlieferungsverträgen ²⁾.

II. Die Ermäßigung in den Fällen der Gläubigergefährdung.

Zu untersuchen bleibt, ob die SÜ auch in den Fällen der Gläubigergefährdung gem. § 242 einzuschränken ist.

1. Eine Einschränkung hätte zunächst zur Voraussetzung, daß der gesicherte Gläubiger zu den ungesicherten Gläubigern in einer Rechtsbeziehung steht, gegen die er treuwidrig verstoßen hat.

Eine vertragliche Beziehung besteht zwischen den Gläubigern nicht, sie wird auch durch die SÜ nicht geschaffen. Aber für alle Gläubiger besteht die tatsächliche Gefahr, daß ihr gemeinsamer Schuldner zahlungsunfähig wird. Die Folgen dieser Gefahr hätten sie alle zu tragen. Das ist von ihnen bei der Kreditgewährung auch bewußt in Kauf genommen worden. Damit sind die Gläubiger Mitglieder einer Gefahrengemeinschaft ³⁾, aus der sich für sie rechtliche Beziehungen untereinander ergeben. Für die Entstehung einer solchen Gemeinschaft genügt eine tatsächlich für alle bestehende Gefahr, deren

1) aaO, S. 12, Anm. 21.

2) So Staudinger-Weber, § 242 B 358.

3) So Westermann, aaO, S. 38.

Folgen von allen zu tragen sind ¹⁾, und die bewußte Aufsichnahme dieser Gefahr ²⁾.

Der Gesetzgeber hat die aus der Gläubigergemeinschaft bestehende Gefahrengemeinschaft mit der Pflicht zur gleichmäßigen Tragung der Folgen in den Bestimmungen über den Zwangsvergleich ³⁾ auch besonders herausgestellt ⁴⁾.

Staudinger-Weber ⁵⁾, Würdinger ⁶⁾ und Jäger ⁷⁾ bezeichnen diese Gläubigergemeinschaft, die sie ausdrücklich als eine für § 242 ausreichende Bindungen erzeugende Gemeinschaft anerkennen, als Interessengemeinschaft oder Gefahrengemeinschaft innerhalb einer Interessengemeinschaft. Daßer Einigkeit darüber besteht, daß Rechtsbeziehungen, die die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben ermöglichen und gebieten, zwischen den Gläubigern bestehen, ist die Bezeichnung der Gläubigergemeinschaft nur für die Klarheit des Ausdruckes von Bedeutung. Die Interessen der Gläubiger sind aber nur scheinbar gleichgerichtet, wie es für eine Interessengemeinschaft erforderlich ist ⁸⁾. In Wahrheit sind die Interessen gegeneinander gerichtet, da

1) Staudinger-Weber, § 242 C 236.

2) Staudinger-Weber, § 242 C 240 und C 241.

3) § 173 ff. KO.

4) Staudinger-Weber, § 242 C 240 mit weit. Gesetzesstellen.

5) § 242 C 259 ff.

6) Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, S. 67.

7) zu § 173 KO Anm. 12.

8) Staudinger-Weber, § 242 C 259 ff.; Würdinger, aaO, S. 30 ff.

das Interesse jedes Gläubigers nicht auf gleichmäßige Befriedigung aller, sondern auf volle Befriedigung seiner eigenen Forderungen gerichtet ist. Deshalb ist der Ausdruck "Interessengemeinschaft" nicht angebracht und die Bezeichnung "Gefahrengemeinschaft" genauer.

2. Die SÜ war einmal dann wegen Gläubigergefährdung als objektiv sittenwidrig angesehen worden, wenn sie einen so hohen Prozentsatz des noch freien Schuldnervermögens erfaßte, daß für die Befriedigung der übrigen Gläubiger keine ausreichenden Vermögensstücke mehr zur Verfügung standen. Dieser objektive Sittenverstoß hatte allerdings keine Nichtigkeit zur Folge, da dem Gläubiger infolge des von ihm verfolgten billigen Zwecks das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit fehlte. Da aber, wie bereits erwähnt, jeder objektive Sittenverstoß wegen der für einen Treuverstoß ausreichenden geringeren Schwere eine Treuwidrigkeit einschließt, verletzt der gesicherte Gläubiger durch die umfassende SÜ die ihm gegenüber den ungesicherten Gläubigern obliegende Treupflicht, die aus der Gefahrengemeinschaft mit diesen Gläubigern folgt ¹⁾.

1) Ablehnend Westermann, aaO, Anm. 106, der meint, für die Pflicht zur Rücksichtnahme sei kein Grund ersichtlich.

Denn jeder redlich und anständig denkende Gläubiger ¹⁾ hätte sich unter den gleichen Umständen mit Rücksicht auf die mit ihm in einer Gefahrengemeinschaft stehenden übrigen Gläubiger nur einen Teil des Schuldnervermögens zur Sicherheit übertragen lassen, damit den anderen noch ausreichende Vollstreckungsobjekte zur Verfügung standen.

3. Wegen der Wirkung des § 242 als Schranke für das Entstehen von Rechten wäre das Sicherungseigentum des gesicherten Gläubigers folglich nur bis zu einem bestimmten Prozentsatz des Schuldnervermögens entstanden, wenn nicht der Bestimmtheitsgrundsatz entgegenstände. Der Übergang des Eigentums an einem Bruchteil oder Prozentsatz der Vermögensstücke ist deshalb nicht möglich. Anderenfalls stände nicht fest, welche Sachen noch dem Schuldner und welche dem Gläubiger zugeordnet wären.

Wie im Vorhergehenden gezeigt, besteht aber Einigkeit dahin, daß § 242 zwar den Übergang des Eigentums nicht verhindert, aber dessen Ausübung einschränkt, nämlich die Geltendmachung der sich aus dem Eigentum ergebenden schuldrechtlichen Ansprüche ²⁾. Es ist also nicht die umfassende Übereignung in ihrem Umfang zu ermäßigen, d. h.

1) Erman, § 242 Anm. I 2.

2) Westermann, Sachenrecht, § 2 III 4.

nicht dem Gläubiger das Eigentum an einzelnen Sachen aus dem Sicherungsgut abzusprechen, sondern die sich für den Gläubiger aus dem erworbenen Eigentum ergebenden schuldrechtlichen Ansprüche sind zu reduzieren, wie insbesondere der Herausgabeanspruch aus § 985, das Interventionsrecht aus § 771 ZPO bzw. das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus § 805 ZPO ¹⁾ und das Recht auf Herausgabe zum Zwecke abgesonderter Befriedigung im Konkurs des Schuldners gem. § 48 KO.

Diese Ansprüche können aber auch nicht nach Bruchteilen ermäßigt werden, sondern, da das Sicherungsgut in der Regel aus einer Vielzahl von Gegenständen besteht, nur derart, daß der gesicherte Gläubiger diese Rechte bezüglich bestimmt bezeichneter, von ihm in Anspruch genommener Gegenstände nicht mehr geltend machen kann, sobald diese wertmäßig den Betrag übersteigen, den er ohne Verletzung des Treugrundsatzes für sich in Anspruch nehmen kann.

Der gesicherte Gläubiger kann vor dem Konkurs des Schuldners, wenn dieser die ihm obliegenden Pflichten in einigem Maße nicht erfüllt, die Herausgabe genau bezeichneter sicherungsübereigneter Sachen nur so lange verlangen, bis ihm so viele Gegenstände

1) Westermann, Sachenrecht, § 43 IV 1, und ders., Interessenkollisionen, S. 32.

herausgegeben worden sind, die zusammen wertmäßig dem Teil des Schuldnervermögens entsprechen, den er sich ohne Verletzung der Treupflicht gegenüber den anderen Gläubigern hätte sicherungsübereignen lassen können. Verlangt er darüber hinausgehend die Herausgabe weiterer bezeichneter Gegenstände, steht ihm, und zwar infolge der Wirkung des § 242, ein Herausgaberecht nicht zu.

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach dem Konkurs seines Schuldners vom Konkursverwalter die Herausgabe bestimmter, ihm sicherungsübereigneter Sachen zum Zwecke seiner abgesonderten Befriedigung begehrt. Auch in diesem Fall pocht er nur so weit zulässig auf ein ihm auf Grund seines Sicherungseigentums zustehendes Herausgaberecht, solange die ihm herausgegebenen Sachen wertmäßig den Teil des Schuldnervermögens nicht überschreiten, den sich der Gläubiger ohne Verstoß gegen die Treupflicht gegenüber den übrigen Gläubigern hätte übertragen lassen dürfen. Verlangt er darüber hinausgehend die Herausgabe weiterer Sachen, kann er sich auf das ihm auf Grund seines Eigentums zustehende Herausgaberecht wegen § 242 nicht berufen. Er ist also zwar Eigentümer, ist aber in der Geltendmachung der ihm aus seinem Eigentum zustehenden Ansprüche beschränkt.

Deshalb kann er auch bei Pfändungen ungesicherter Gläubiger in einzelne Gegenstände des Sicherungsgutes vor dem Konkurs des Schuldners solange keine Freigabe bzw. bei Anwendung von § 805 ZPO keine vorzugsweise Befriedigung verlangen, wie ihm noch im Umfange wertmäßig dem Treugrundsatz entsprechendes Gut zur Verfügung steht. Ob das dem Gläubiger verbleibende Sicherungsgut noch zu seiner Befriedigung ausreicht, ist unbeachtlich, da insoweit das Streben nach Sicherung durch die Schranke von Treu und Glauben begrenzt wird.

Die große Schwierigkeit besteht nun darin, im konkreten Fall festzustellen, wieweit das Berufen des gesicherten Gläubigers auf sein Eigentum zulässig ist und wann es unzulässig wird. Aber wenn der Richter wegen der Generalklauseln von Treu und Glauben und guten Sitten auf Grund richterlicher Wertung ¹⁾ entscheiden kann und muß, ob im konkreten Fall die SÜ den sittlich zulässigen und dem Treugrundsatz entsprechenden Umfang überschreitet, muß er auch bestimmen können ²⁾, wo im betreffenden Fall unter Berücksichtigung aller seiner Umstände die Grenze des Zulässigen liegt.

1) Westermann, aaO, S. 8.

2) Westermann, aaO, S. 39 verneint das, denkt aber wohl mehr an die Entwicklung eines abstrakten, mehr oder minder für alle Fälle geltenden Prozentsatzes.

Im Ergebnis erhält oder behält der Gläubiger also wertmäßig nur einen bestimmten Prozentsatz des Sicherungsgutes. Dieser Prozentsatz entspricht dem Teil des Schuldnervermögens, den er sich ohne Treuverstoß hätte übertragen lassen können.

Es gilt also, in jedem zu entscheidenden Fall zu ermitteln, wieviel Prozent des Schuldnervermögens der Gläubiger wertmäßig für sich in Anspruch nehmen konnte, ohne die ihm gegenüber den anderen Gläubigern obliegende Treupflicht zu verletzen.

Verschiedentlich ist der Versuch unternommen worden, den Prozentsatz des Schuldnervermögens, den sich der gesicherte Gläubiger ohne Beeinträchtigung der übrigen Gläubiger übertragen lassen darf, abstrakt, also losgelöst vom einzelnen Fall, zu bestimmen. So meint Wegerhoff ¹⁾, eine Sicherungsübereignung von 60 v. H. des Schuldnervermögens müsse noch zulässig sein.

Nach dem Vorhergehenden muß aber jeder Versuch, den zulässigen Prozentsatz abstrakt zu ermitteln, fehlschlagen. Denn der Verstoß gegen die guten Sitten und damit auch gegen den Treugrundsatz war darin gesehen worden, daß der Gläubiger einen so großen Teil der noch freien Vermögensstücke des Schuldners für sich in Anspruch nimmt, daß

1) Grenzen der Sicherungsübereignung, S. 82.

den anderen Gläubigern keine ausreichenden Vollstreckungsobjekte mehr verbleiben. Der Prozentsatz, den sich der Gläubiger zulässig übereignen lassen darf, hängt also entscheidend von dem Umfang der sonstigen bereits bestehenden oder noch zu erwartenden Verbindlichkeiten seines Schuldners ab, d. h. von der Höhe der Forderungen der Alt- und Neugläubiger. Da diese in jedem einzelnen Fall verschieden hoch sein werden, kann der Prozentsatz, den sich der Gläubiger zulässigerweise wertmäßig von den noch freien Vermögensstücken seines Schuldners übertragen lassen darf, abstrakt nicht angegeben werden, sondern muß in jedem zu entscheidenden Fall auf Grund seiner einzelnen Umstände, insbesondere der Höhe der übrigen bestehenden und noch zu erwartenden Verbindlichkeiten, bestimmt werden.¹⁾

Damit entfällt auch die Entscheidung darüber, ob bei der Ermittlung des zulässigen Prozentsatzes vom Gebrauchswert ²⁾, also den bei normalem Geschäftsgang zu erzielenden Erlös, oder dem Vollstreckungswert der Vermögensgegenstände auszugehen ist. Denn das Ergebnis ist gleich, ob sich der Gläubiger nur einen bestimmten Prozentsatz des Gebrauchswertes oder des Vollstreckungswertes übertragen lassen darf, in jedem Fall bekommt er die

1) So mit Recht RG JW 1931/516.

2) So RG JW 1931/516.

gleichen Gegenstände. Die Frage der Bewertung war nur bei einer evtl. unzulässigen Übersicherung von Bedeutung, die aber allein nicht als anstößig oder treuwidrig angesehen worden war.

4. Übrig bleibt zu untersuchen, ob auch die wegen sittenwidriger Gläubigergefährdung nichtige SÜ gem. § 242 zu ermäßigen ist. Das sind die Fälle, in denen nicht nur eine objektiv sittenwidrige Gläubigergefährdung, sondern darüber hinaus auch die subjektiven Voraussetzungen des § 138 vorliegen, und die deshalb der Nichtigkeit verfallen.

Da nicht der Sicherungsvertrag, wie festgestellt werden konnte, zwischen dem gesicherten Gläubiger und den ungesicherten Gläubigern die für § 242 erforderliche Rechtsbeziehung schafft, sondern die tatsächliche Gläubigergemeinschaft, kann der Fortfall des Sicherungsvertrages wegen Nichtigkeit die zwischen den Gläubigern bestehenden Rechtsbeziehungen nicht beseitigen. Die wegen Gläubigergefährdung nichtige SÜ beseitigt nicht die zwischen den Gläubigern bestehende Gefahrengemeinschaft und damit auch nicht die sich aus dieser ergebenden rechtlichen Beziehungen.

Mit dem nichtigen Sicherungsvertrag entfällt aber der für die Anwendung des § 242 notwendige Treuverstöß innerhalb der bestehenden Beziehungen.

Nach dem Wegfall der SÜ infolge Nichtigkeit liegt eine treuwidrige Verletzung der aus der Gläubigergemeinschaft folgenden Rechtsbeziehungen durch den gesicherten Gläubiger, die durch eine Ermäßigung der Sicherungsrechte beseitigt werden müßte, nicht mehr vor. Der Gläubiger verliert das Sicherungsgut, durch das sein Risiko verringert und das der übrigen Gläubiger vergrößert werden sollte. Die Benachteiligung der anderen entfällt mit dem Sicherungsvertrag.

Eine Ermäßigung der wegen sittenwidriger Gläubigergefährdung nichtigen SÜ, also der Fälle, in denen der Gläubiger grobfahrlässig die Erfolglosigkeit einer Sanierung nicht erkennt, sich nachträglich Sicherungen einräumen läßt oder durch die der Konkurs des Schuldners zur Rettung eigener Sicherheiten über die Anfechtungsfrist hinausgeschoben werden soll, ist folglich nicht möglich. In diesen Fällen bleibt es dabei, daß der Gläubiger seine Sicherheit in vollem Umfange verliert. Dieses Ergebnis ist auch gerechtfertigt, da er sich gegenüber den anderen Gläubigern unanständig verhalten hat und die Nichtigkeit allen zugutekommt ¹⁾.

1) Westermann, aaO, S. 39.

III. Die Unbeachtlichkeit des Parteiwillens für die Gültigkeit der ermäßigten Sicherungsübereignung.

Ein auf die Gültigkeit des nach § 242 eingeschränkten Geschäftes gerichteter Parteiwille ist weder im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts noch später erforderlich. Das folgt aus dem Zweck des § 242, der den einzelnen vor ungehörigen Zumutungen seiner Vertragspartner oder vor Personen, mit denen er in rechtlichen Beziehungen steht, schützen will. Dem Zweck entspricht die Konstruktion der Bestimmung als Schranke der Vertragsfreiheit. Die Maßgeblichkeit des Parteiwillens wird durch die Vorschrift beschränkt. § 242 will ja gerade gegen den zu weitgehenden Willen des Gläubigers schützen und deshalb wird auch in aller Regel ein die Gültigkeit des ermäßigten Vertrages betreffender Wille nicht vorhanden sein.

Die Schwierigkeiten eines großen Teiles der Literatur ¹⁾, die durch Anwendung des § 139 oder des § 140 ²⁾ auf die wegen Sittenwidrigkeit nichtige Sicherungsübereignung etwa die gleichen Ergebnisse anstrebt, bestehen teilweise darin, daß für diese Bestimmungen erforderlich ist, daß die Parteien

1) Übersicht bei Westermann, aaO, Anm. 23.

2) Erman-Westermann, § 138 Anm. 4;
Westermann, aaO, Anm. 22;
v. Brasch, aaO, S. 56 - 59.

im zu entscheidenden Fall bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrages im Zeitpunkt seines Abschlusses das durch § 139 oder § 140 modifizierte Geschäft der Gesamtnichtigkeit vorgezogen hätten ¹⁾. Das kann bei der nach der h. M. nichtigen Knebelung in der Regel noch angenommen werden, da der Gläubiger hier durch eine Anwendung der §§ 139 und 140 nur für seine Sicherung nicht notwendige Eingriffsrechte verliert, dagegen nicht in den Fällen der nichtigen Gläubigergefährdung, da der Gläubiger bei diesen einen Teil der Sicherung einbüßt und es deshalb sehr zweifelhaft sein kann, ob er auch im Falle einer reduzierten Sicherung neuen Kredit gegeben hätte.

S c h l u ß

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß für § 138 neben der Kenntnis der sittenwidrig machenden Umstände wegen des Abschreckungs- und Strafzweckes des § 138 als zweite subjektive Voraussetzung auch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit zu fordern ist. Der objektiv sittenwidrig Handelnde hat dieses Bewußtsein aber ohne grobe Fahrlässigkeit berechtigterweise dann nicht, wenn er mit dem Geschäft billigenwerte Zwecke verfolgt. Da dem

1) Lange, NJW 1950/568 Anm. 29;
Westermann, aaO, S. 13.

Gläubiger in einigen, von der Rechtsprechung und z. T. auch von der Literatur wegen Sittenwidrigkeit für nichtig erklärten Fällen der SÜ infolge des von ihm angestrebten Zweckes das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit berechtigterweise fehlt, konnten die Fälle der nichtigen SÜ wesentlich eingeschränkt werden.

Die gültige Sicherungsübereignung war aber dann gem. § 242 unter dem Grundsatz von Treu und Glauben zu prüfen, was zu einer Ermäßigung der schuldrechtlichen Bindungen bei der treuwidrigen Knebelung und der Rechte aus dem Sicherungseigentum, im Ergebnis also zu einer Ermäßigung des Sicherungseigentums bei der treuwidrigen Gläubigergefährdung führte.

L e b e n s l a u f

Ich bin am 12. 10. 1934 in Detmold geboren worden. Mein Vater ist von Beruf Sparkassenangestellter. Ich gehöre der evangelisch-reformierten Konfession an. Nach dem Besuch der Volksschule und des Gymnasiums habe ich im Jahre 1955 an dem mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig des Leopoldinums II in Detmold die Reifeprüfung abgelegt. Anschließend habe ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster zunächst 4 Semester Mathematik und Physik studiert und sodann 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften. Später war ich noch für ein Semester als Gasthörer eingeschrieben. Am 22. Okt. 1960 habe ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung bestanden. Anschließend habe ich den juristischen Vorbereitungsdienst abgeleistet. Am 9. 3. 1965 habe ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung abgelegt. Seit dem 1. 4. 1965 bin ich als Gerichtsassessor im richterlichen Dienst tätig.

Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 3. 2. 1968 bestanden.

